Münster.1930 № 7 Jur. Di

Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. bei selbständigen und unselbständigen Unterlassungspflichten

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu

Münster i. W.

vorgelegt von

Ewald Ackers

aus Rheydt

Referendar in Essen

Approbiert am 16. November 1929.

Wohlfahrts Druckerei, Wanne-Eickel

1930.

Referent: Herr Prof. Dr. Kreller.
Korreferent: Herr Prof. Dr. Jacobi.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555425_0069

Inhalts-Übersicht.

Seite

A) Einleitung 1

B) Die Anwendbarkeit des § 278 bei selbständigen und unselbständigen Unterlassungspflichten.

I. Arten der Unterlassungspflichten und ihre Behandlung im BGB. im allgemeinen. Insbesondere Begriff und Wesen der sekundären Unterlassungspflicht.

1. Primäre, kombinierte und sekundäre Unterlassungspflichten 5
2. Begriff, Umfang und Wesen der sekundären Unterlassungspflicht insbesondere 6
3. Höchstpersönliche und übertragbare oder objektiv bestimmte Unterlassungspflichten 14
4. Die Behandlung der Unterlassungspflichten im BGB. im allgemeinen 16

II. Die Ansichten der Literatur und Rechtsprechung über die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten.

1. Die Ansichten, die sich **gegen** die Anwendbarkeit des § 278 BGB. aussprechen 19
2. Die Ansichten, die sich **für** die Anwendbarkeit des § 278 BGB. aussprechen 24

III. Begründung der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten.
Die Stellung des Erfüllungsgehilfen im System der Obligation und deren Erfüllung und die ratio des § 278.

a) Logisch-dogmatischer Beweis:

1. Grundbegriffe zur Erkenntnis der Stellung des Erfüllungsgehilfen im Recht der Obligation

aa) Begriff und Wesen des Schuldverhältnisses 34
bb) Wesen der Erfüllung 36
cc) Begriff und Wesen der Unterlassungsverbindlichkeit . . 37
α) Die Unterlassung 38
ß) Die (selbständige) Unterlassungsverbindlichkeit . . 39
dd) Die Erfüllung der Unterlassungsverbindlichkeit 47
α) Das Erfolgsmoment 47
ß) Notwendigkeit des animus solvendi? 52
δ) Erfüllung oder Erlöschen durch Zeitablauf? . . . 56

2. Anwendung der gewonnenen Ergebnisse:

aa) Die rechtlich-logische Stellung der Erfüllungsgehilfenschaft im Sinne des § 278 BGB. zum System der Obligation und ihrer Erfüllung 58

bb) Die rechtlich-logische Stellung der Personen, die mit Willen des Schuldners Einfluß auf die Erfüllung der Unterlassungsverbindlichkeit besitzen, zum Inhalt der Unterlassungsverbindlichkeit und zum Tatbestand ihrer Erfüllung und die Folgerungen, die sich daraus für die Anwendbarkeit des § 278 BGB. ergeben 60

b) Teleologischer Beweis:

Begründung der Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten auf Grund der ratio der Bestimmung. (Gefährdungsgedanke) 66

IV. Interpretation des § 278 BGB. im Hinblick auf Unterlassungspflichten im einzelnen.

1. Fallen unter die „Verbindlichkeiten" des § 278 BGB. auch die sekundären Unterlassungspflichten? . . . 80
2. Abgrenzung des Kreises der Erfüllungsgehilfen . . 92
3. Das geforderte Verschulden. — Abgrenzung des Kreises der Handlungen, für die der Schuldner einer Unterlassung einzustehen hat. — „In Erfüllung" und „bei Gelegenheit der Erfüllung", insbesondere bei sekundären Unterlassungspflichten. — culpa in contrahendo 96
4. Der Haftungsgrund in den Fällen, in denen der Schuldner einer Unterlassungspflicht nach § 278 BGB. verantwortlich ist: Unmöglichkeit der Leistung oder positive Forderungsverletzung? 103

C) Würdigung der Ergebnisse 106

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl., Leipzig 1922.

Asmis, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Diss. Greifswald 1900.

Béranger, Über die Ausdehnung der im BGB. gewährten Unterlassungsklagen. Diss. Marburg 1923.

Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. Berlin 1902.

Boehmer, Der Erfüllungswille. Abhandlungen zum Privatrecht des Deutschen Reichs von O. Fischer. 20. Bd. 1. Heft. München 1910.

Breitenstein, Die Haftung für fremdes Verschulden nach dem BGB. Leipzig 1903.

Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers. Iherings Jahrbücher 58, S. 187 ff.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Bd. 1. Abtlg. 2. Aufl., Erlangen 1879.

Bruck, Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte, besonders Familienangehörige und Dienstboten. Arch. f. bürg. R. Bd. 27. S. 110.

Brückner, Die privatrechtliche Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer, insbesondere Vertreter und Gehilfen nach dem BGB. und nach sonstigen Reichsgesetzen. Recht 1901. S. 309, 339 und 373.

Buchholz, Die Haftung des Schuldners, insbesondere des Mieters für das Verschulden Dritter nach § 278 BGB. Diss. Greifswald 1907.

Conradi, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Diss. Göttingen 1896.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches. 9. Aufl. Bd. 1, Jena 1927.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen-Leipzig 1902. Bd. 2 (Recht der Schuldverhältnisse).

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1915.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert. Bd. 1, II. Aufl. Mannheim 1910.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, 1906.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 23-27. Aufl. Marburg 1927 in Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. Bd. 10, 33, 63, 78, 79, 87.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, Bd. Bd. 12 u. 13.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, Berlin 1902.

Fischer, Karl, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens. Diss. Würzburg 1904.

Fischer, Otto, Recht und Rechtsschutz in Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. 1889.

Fischer, Otto, Besprechung von Lehmann: Die Unterlassungspflicht. Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 60 S. 550 ff.

Früchting, Verzug des Schuldners bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen. Diss. Breslau 1911.

Fuchs, Die Haftung des Mieters von Räumen für Beschädigungen durch am Mietgebrauch der Räume beteiligte Personen. Gruchot Bd. 63 S. 277 ff.

Galler, Der Einfluß des Konkurses auf die Forderung auf Unterlassung, Diss. Breslau 1907.

Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast Jena 1858.

v. Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

v. Gierke, Otto, Dauernde Schuldverhältnisse. Iherings Jahrbücher Bd. 64. S. 355 ff.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.

Görisch, Die sekundäre Unterlassungspflicht. Diss. Marburg 1927.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. 2. Bd. 2. Abtl. Obligationenrecht. 2. Aufl. Göttingen 1843.

Haensell, Die Besonderheiten der Unterlassungsschulden. Diss. Jena 1903.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Heinsheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen nach der deutschen Praxis und dem österreichischen Entwurf. Grünhuts Zeitschrift Bd. 40 S. 115.

Hoffmann, Richard, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach § 278 BGB. Diss. Freiburg 1902.

Hoche, Der allgemeine Unterlassungsanspruch. Diss. Jena 1914.

Hölder, Kommentar zum BGB. 1900.

Hölder, Zur Lehre vom Klagrecht. Iherings Jahrbücher Bd. 51 S. 315 ff.

Hölder, Ansprüche und Einreden. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 93 S. 1 ff.

Jacobsohn, Die Unterlassungsklage. Berlin 1912.

Ihering, Passive Wirkungen der Rechte. Iherings Jahrb. Bd. 10 S. 387 ff.

Joseph, Die Haftung des Wohnungsmieters für Beschädigungen durch seine Hausgenossen. J. W. 1914 S. 1026

Jsay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. 1900.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag. 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.

Knigge, Die negative Leistung. Diss. Erlangen 1903.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug. Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 261.

Kohler, Substanzrecht und Wertrecht. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 91 S. 180.

Kretschmar, Die Erfüllung, Leipzig 1906.

Krier, Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten. Diss. Frankfurt 1927.

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. Leipzig 1928.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 110 S. 1 ff. 1907.

Krückmann, Pflichterfüllung und Rechtsausübung. Iherings Jahrb. Bd. 65 S. 209.

Krückmann, Einige Bemerkungen zu den dauernden Schuldverhältnissen. Iherings Jahrb. Bd. 66 S. 1—17

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1898/99. 2. Bd.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. München 1906. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 15 Heft 1.

Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg. Iherings Jahrb. Bd. 19 S. 154.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900.

Lesser, Der Inhalt der Leistungspflicht. Berlin 1909. In Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts 29. Heft.

Lippmann, Besprechung von Stephan: „Die Unterlassungsklage". Gruch. Bd. 53 S. 449.

Lippmann, Besprechung von Lehmann: „Die Unterlassungspflicht" und Eltzbacher: „Die Unterlassungsklage" Gruch. Bd. 51 S. 671.

Mathiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Aufl. 1914.

Merkel, Anton, Juristische Enzyklopädie. 1885.

Merkel, Rudolf, Die Kollission rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. 1895.

Meyer, Wilh., Die Unterlassungsklage. Diss. Breslau 1914.

Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches. 3. Aufl. Berlin 1913.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2.

Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 106 S. 309 ff. und Bd 109 S. 1. ff.

Niendorf, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 10. Aufl. 1914.

Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landrecht. Berlin 1898.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1. Hälfte Berlin 1928, 2. Hälfte Berlin 1929.

Ostwald, Der Erfüllungsdiener. Berlin 1920.

Paasche, Umöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen. Diss. Freiburg 1903.

Pagenkämper, Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten. Diss. Breslau 1905.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1. Hälfte; Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1914. 2. Hälfte: Besonderer Teil, 4. Aufl. Berlin 1928.

Priewe, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Diss. Rostock 1902.

Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des Sächs. Rechts im im Mittelalter. 1896.

Rang, Die Haftung des Schuldners für Dritte. Diss. Bonn. 1886.

Reichsgerichtsräte, Kommentar der, Bd. 2. 1928. Berlin-Leipzig.

Redlich, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Diss. Greifswald 1901.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1899.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeb. v. Mugdan und † Falkmann, Bd. 23.

Rümelin, Gustav, Besprechung von: Hartmann, Die Obligation, Göttingische gelehrte Anzeigen. 1876. Bd. 2. S. 929.

Rümelin, Gustav, Obligation und Haftung. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 68 S. 151.

Rümelin, Gustav, Culpahaftung und Kausalhaftung. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 285.

Rümelin, Max, Die Gründe der Schadenszurechnung. 1896. Freiburg-Leipzig.

Rümelin, Max, Schadensersatz ohne Verschulden. Tübingen 1910.

Ryck, Die Obligatio. Leipzig 1878.

von Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Bd. 1 Berlin 1851.

Scheuermann, Die Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen. Diss. Straßburg 1913.

v. Schey, Über die Struktur der Forderungsrechte. Grünh. Zeitschr. Bd. 9 S. 344 ff., bes. S. 359—380.

Schneider, Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB. Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 1 ff.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbes. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete, Dienstvertrag nach dem BGB. Gruch. Bd. 46 S. 1.

Schrage, Über Unterlassungspflichten und positive Vertragsverletzungen. Diss. Königsberg 1913.

Schütz, Die Haftung für das Verschulden von Gehilfen nach dem BGB. Diss. Jena 1900.

v. Schwarz, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Diss. Leipzig 1906.

Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Deutschem Reichsrecht. Iherings Jahrb. Bd. 50. S. 55 ff.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht. 1903.

Soergel, Das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. 1. Berlin 1929.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl. Bd. 1. 1926.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. München-Berlin 1928.

Stephan, Die Unterlassungsklage. München 1908.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Treitel, Sind die Vorschriften des BGB. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Diss. Rostock 1902.

Ullrich, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht. Iherings Jahrb. Bd. 64 S. 161.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 390.

Unger, Handeln auf fremde Gefahr. Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 299 ff.

Unger, System des österreichischen Privatrechts. Bd. 2.

Verhandlungen des 17. Juristentages. I. und II. Bd. 1884.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 Tübingen 1923.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92 S. 1.

Wertheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach dem Recht des BGB. Diss. Erlangen 1900.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt/Main 1906 Bd. 2.

Wüstendörfer, § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Lichte des römischen Rechts. Diss. Straßburg 1897.

Einleitung.

„Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden."

Betrifft diese Bestimmung des § 278 BGB. auch Verbindlichkeiten, deren Inhalt in einem Unterlassen besteht?

Vielfach wird die Frage kurzerhand mit dem Hinweis darauf abgetan, daß man seine Unterlassungspflichten nur selbst erfüllen könne, da die Unterlassung eines andern die Verpflichtung des Schuldners nicht berühre.

Dieser Behandlung der Kontroverse, die — um ein Bild aus dem Prozeßrechte zu gebrauchen — einer a limine-Abweisung der Klage gleicht, kann nicht zugestimmt werden. Mit ähnlichem Beweisgrunde hat man auch die Unterordnung der Unterlassung unter den Leistungsbegriff und die Erfüllbarkeit der Unterlassungspflicht a priori ablehnen zu können geglaubt. Man vergißt bei solchem Vorgehen, daß bei der Anwendung des Gesetzes neben der grammatischen die logische Auslegung zu berücksichtigen ist. Und zwar schenkt man dabei besonders dem Gesichtspunkte zu wenig Beachtung, daß die vom BGB. verfolgte Methode der ungetrennten Behandlung der so grundsätzlich verschiedenen positiven und negativen Verbindlichkeiten notwendig zu Schwierigkeiten bei der Anwendung der einzelnen Vorschriften führen muß. Im einleitenden Paragraphen des Schuldrechts spricht das Gesetz ausdrücklich aus, daß auch eine Unterlassung Leistung, d. h. Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein könne. Eines der Motive dieser Vorschrift mag es gewesen sein, nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß der Richter die Anwendung einer Bestimmung auf negative Verbindlichkeiten nicht schon deshalb ablehnen solle, weil ein — scheinbar wesentliches — Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes nur bei positiven Verbindlichkeiten vorkomme, sondern in jedem Falle nachzuprüfen habe, ob nicht das „Warum" und „Wozu" der Vorschrift ergibt, daß sie in sinnentsprechender Abwandlung auch auf Unterlassungsverpflichtungen anzuwenden ist.

Mit einem so leicht gefundenen Argumente, wie dem eben mißbilligten, die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten abzulehnen, heißt aber auch, einem in unserer Zeit immer stärker gewordenen Verkehrsbedürfnisse nicht gebührend Rechnung tragen. Eine das heutige Wirtschaftsleben kennzeichnende Erscheinung bilden

die zahlreichen Bindungen negativen Inhalts, die sich in den Abmachungen der Interessengemeinschaften, Kartelle usw. finden. Was besitzen aber Verpflichtungen, wie die, gewisse Waren nicht unter einem festgesetzten Mindestpreise umzusetzen, Rohstoffe nur von einer bestimmten Quelle zu beziehen oder die Erzeugung auf ein gewisses Kontingent zu beschränken noch für einen Wert, wenn der dazu verpflichtete Unternehmer nicht für die Handlungsweise seiner Angestellten haftet! Ist es ferner nicht billig, daß der Schuldner, der dem Gläubiger versprochen hat, in der Generalversammlung nicht zu stimmen,[1]) haftet, wenn der von ihm entsandte Vertreter der ihm erteilten Weisung entgegen doch stimmt.

Eine andere Vorschrift kann zur Begründung einer ausreichenden Haftung nicht dienen. Denn § 831 BGB. trifft die in Frage stehenden Fälle nicht; häufig wird nämlich der Tatbestand einer unerlaubten Schadenszufügung im Sinne des § 823[2]) oder des § 826 BGB. nicht vorliegen. Außerdem würde durch die Möglichkeit des Entlastungsbeweises die Verantwortlichkeit des Schuldners in unbilliger Weise eingeschränkt sein.

Die wirtschaftliche Notwendigkeit und Billigkeit der Haftung verlangt daher eine gründlichere Untersuchung dessen, ob aus § 278 BGB. die Verantwortlichkeit des Schuldners für Verschulden dritter Personen auch bei Unterlassungsverbindlichkeiten zu begründen ist.

Dementsprechend ist die Aufgabe dieser Arbeit folgendermaßen zu lösen: Zunächst soll ein Überblick über die Arten der Unterlassungspflichten und ihre Behandlung im BGB. gegeben werden, wobei besonders auf Wesen und Inhalt der sekundären Unterlassungspflicht einzugehen sein wird. Hierauf sind die in der Literatur verbreiteten Ansichten über die Anwendbarkeit des § 278 BGB. kritisch zu erörtern. Und dann soll auf Grund einer Darlegung der rechtlich-logischen Stellung des § 278 BGB. zum Inhalt und Aufbau der Obligation und ihrer Erfüllung und auf Grund der ratio der Bestimmung die grundsätzliche Möglichkeit ihrer Anwendung auf Unterlassungspflichten begründet werden. An dieser Stelle werden im besonderen Begriff und Wesen der selbständigen Unterlassungsverbindlichkeit und das „Ob“ und „Wie“ ihrer Erfüllung zu untersuchen sein. Zum Schluß sollen dann noch die Voraussetzungen für den Eintritt der Haftung aus § 278 BGB. im Hinblick auf Unterlassungsverbindlichkeiten im einzelnen erläutert werden. Dabei wird unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse bei der Miete zu erörtern sein, ob unter die „Verbindlichkeiten“ des § 278 BGB. auch die sekundären Unterlassungspflichten fallen. Diese Untersuchung aber ist deshalb von großem Interesse, weil die positive Forderungsverletzung ihrem Wesen nach einen Verstoß gegen eine sekundäre Unterlassungs-

---

[1]) soweit ein solcher Vertrag nicht nach § 317 HGB. nichtig ist.
[2]) denn weder das Forderungsrecht noch das Vermögen als solches fällt unter die durch § 823 Abs. 1 BGB. geschützten Rechte.

pflicht bedeutet[1]), ja weil sogar, wie man sich neuerdings bemüht hat nachzuweisen[2]), jede Obligationsverletzung, also auch die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug im Grunde in einem Zuwiderhandeln gegen eine sekundäre Unterlassungspflicht bestehen sollen. Wäre dem wirklich so, dann ergäbe sich damit ein ganz neuer Gesichtspunkt für die Abgrenzung der Haftung aus § 278 BGB. auch bei positiven Verbindlichkeiten.

Über den Aufbau der Abhandlung im einzelnen gibt die im Inhaltsverzeichnis enthaltene Gliederung Aufschluß.

---

[1]) Vergl. Lehmann: Die positiven Vertragsverletzungen. Arch. f. ziv. Prax. S. 60 ff. S. 68; die Unterlassungspflicht im BGB. München 1904. S. 271; Enneccerus: Lehrb. Recht der Schuldverhältnisse § 267 Anm. 17; Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung usw. Gruchot Bd. 46 S. 1 ff. und S. 253 ff. (vergl. S. 25 ff.)

[2]) Görisch: Die sekundäre Unterlassungspflicht. Diss. Marburg. 1927. S. 27.

Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. bei selbständigen u. unselbständigen Unterlassungspflichten.

I. Arten der Unterlassungspflichten und ihre Behandlung im BGB. im allgemeinen. Insbesondere Begriff und Wesen der sekundären Unterlassungspflicht.

1. Primäre, kombinierte und sekundäre Unterlassungspflichten.

Innerhalb der Masse der schuldrechtlichen Unterlassungspflichten lassen sich verschiedene Arten unterscheiden[1]).

Je nachdem, ob die Unterlassungspflicht den einzigen Inhalt eines Schuldverhältnisses bildet oder neben ihr positive Pflichten bestehen, unterscheidet man **reine** und **kombinierte** Unterlassungspflichten. Beispiele für die erste Art bilden die Verpflichtung, das Klavierspiel zu unterlassen, das pactum de non licitando und das Versprechen der Stimmenthaltung in der Generalversammlung.

Die im täglichen Leben häufiger als die reinen begegnenden kombinierten Unterlassungspflichten treten vielfach als ausdrücklich vereinbarte Bestandteile eines im übrigen auf positive Leistung gerichteten Vertrages auf. Man denke z. B. an die zahlreichen in der Hausordnung enthaltenen Klauseln des Mietvertrages wie die, keine Hunde zu halten, zu bestimmten Tageszeiten keine Teppiche zu klopfen usw. Hierher gehört auch ein Kartellvertrag, der neben der Verpflichtung zu bestimmten Jahreslieferungen an die Verkaufsstelle des Kartells die Pflicht zur Unterlassung anderweitigen Absatzes enthält. Kombinierte Unterlassungspflichten finden sich ferner im Gesetz statuiert, wie z. B. in Gestalt des Konkurrenzverbotes des § 60 HGB. gegenüber dem Handlungsgehilfen oder des Verbots der Substitution in den §§ 664, Satz 1 und 691, Satz 1 BGB. In weitem Umfange ergeben sie sich schließlich als Ausfluß des das Schuldrecht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Gleichgültig ist bei den kombinierten Unterlassungspflichten, ob die positive oder die negative Pflicht den Hauptinhalt des Schuldverhältnisses ausmacht.

Reine und kombinierte Unterlassungspflichten zeichnen sich durch ihren **selbständigen** Charakter aus[2]). Sie stehen darum als geschlossene

[1]) Vergl. zum folgenden: Staudinger: Kommentar. § 241 Anm. 5.; Oertmann: Kommentar § 241 Anm. 2; Görisch: a. a. O. S. 2 ff.

[2]) In welchem Sinne das zu verstehen ist, ergibt sich aus den folgenden Ausführungen über die unselbständigen Pflichten.

Gruppe dem Rest der **unselbständigen** oder **sekundären** Unterlassungspflichten gegenüber.

Auf die sekundären Unterlassungspflichten muß im folgenden näher eingegangen werden, damit die später zu erörternde Frage, ob sekundäre und primäre Unterlassungspflichten hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 278 BGB. gleich zu behandeln sind, sicher entschieden werden kann.

2. Begriff, Umfang und Wesen der sekundären Unterlassungspflicht insbesondere.

Die sekundären Unterlassungspflichten kommen in allen Schuldverhältnissen vor. Ihr Begriff ergibt sich aus rein logischen Erwägungen. Wer zu einer bestimmten Handlung verpflichtet ist, dem ist — mag er unmittelbar auch nur das Tun versprochen haben — jedes Andershandeln nach dem Satz vom Widerspruch verboten. Hat jemand eine Sache verkauft, so darf er sie nicht mehr wegwerfen, zerstören oder einem Freunde schenken. Wer nach Ablauf der Mietszeit das gemietete Auto zurückgeben muß, der darf es in der Zwischenzeit nicht beschädigen oder zerstören. Denn die Rechtsordnung kann nicht gleichzeitig etwas befehlen und auf der anderen Seite die Nichtbefolgung des Befehls gestatten[1]). Die Pflicht, das Andershandeln zu unterlassen, ist also die Kehrseite der im Leistungsbefehl unmittelbar zum Ausdruck gelangenden Verpflichtung.

Auch mit selbständigen **Unterlassungspflichten** sind sekundäre negative Pflichten verknüpft. So schließt z. B. die Verpflichtung, ein ererbtes Bild nicht zu verkaufen, die sekundäre Pflicht in sich, auch einem anderen nicht Vollmacht zum Verkauf zu geben[2]). Allerdings handelt es sich bei dieser sekundären Unterlassungspflicht nicht um eine in kontradiktorischem Gegensatz zur Hauptpflicht stehende Verpflichtung; denn die Verletzung einer Unterlassungspflicht ist nicht in der doppelten Art möglich, wie die Verletzung einer positiven Pflicht: durch Unterlassen und durch Zuwiderhandeln. Die sekundäre Unterlassungspflicht entspricht vielmehr den sekundären positiven Pflichten bei positiven Hauptpflichten[3]). Auch die der negativen Hauptpflicht entsprechende sekundäre Unterlassungspflicht ist aber — negativer — Nebeninhalt neben dem — negativen — Hauptinhalt einer und derselben Norm[4]), keineswegs ist sie einer „kombinierten Unterlassungspflicht" gleichzustellen.

Aus dem Begriff der sekundären Unterlassungspflicht ergibt sich noch nicht ihr Umfang. Fragt man zunächst, welches Andershandeln der Pflicht zu einem bestimmten **Tun** widerspricht, so muß man nach dem Vorgange von Lehmann[5]) unterscheiden, ob die Leistung gerade

---

[1]) Ulrich: Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechts-Verhältnissen. Iherings Jahrb. Bd. 64, S. 161 ff; vergl. S. 172.

[2]) Diese als Ausfluß von selbständigen Unterlassungspflichten erscheinenden sekundären Unterlassungspfl. sind bisher von der Literatur übersehen worden.

[3]) Vergl. unten Seite 9, 3.

[4]) Vergl. Lehmann Seite 14.

[5]) Lehmann: a. a. O. (Upfl.) S. 10.

fällig ist oder erst in Zukunft zu erfolgen hat. Im ersten Falle, z. B. wenn der Verkäufer einer Sache sie gerade jetzt zu übergeben hat, ist jedes Andershandeln verboten; im andern Falle aber, wenn also z. B. die gemietete Sache erst in Zukunft zurückzugeben ist, braucht natürlich der Schuldner in der Zwischenzeit nicht jedes Andershandeln zu unterlassen. Hier muß man vielmehr den Zweck des einzelnen Schuldverhältnisses zu Grunde legen. Der Schuldner ist demnach zur Unterlassung jeder Zuwiderhandlung gegen den Zweck der Obligation, also entsprechend § 362 BGB. „gegen die Realisierung der geschuldeten Leistung" verpflichtet.

Was die mit selbständigen **Unterlassungspflichten** verbundenen sekundären Unterlassungspflichten betrifft, so ist, falls die Unterlassung in einem ganz bestimmten, gerade gegenwärtigen Zeitpunkte zu beobachten ist, natürlich nur das von dem Verbot betroffene Tun, sonst aber jede äußere Tätigkeit zu unterlassen, die geeignet ist, den Vertragszweck zu beeinträchtigen. Wer sich seinem Zimmernachbarn verpflichtet hat, in seinem Zimmer nicht Klavier zu spielen, der darf auch seinen Kindern oder seinem Besuch das Spielen nicht erlauben. Hier handelt es sich nicht etwa um eine der Hauptpflicht gleichwertige „kombinierte Unterlassungspflicht", sondern um eine sekundäre Unterlassungspflicht, der die sekundäre positive Pflicht entspricht, die Kinder, wenn sie sich anschicken, zu spielen, durch positives Eingreifen daran zu hindern.

Diese „Treupflicht", dem Vertragszweck nicht zuwiderzuhandeln, ist schon im deutschen Recht in jener oft angeführten Stelle des Sachsenspiegels: Landrecht, Buch I. Art. 7 hervorgehoben:

„Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde svat je dut, dat sal je stede halden."

(Sein Wort) Haltensollen und Erfüllensollen erschienen im mittelalterlichen Recht als zwei verschiedene Wirkungen des Schuldvertrages[1]). Handelt es sich beim Erfüllen- oder Leistensollen um das dem Wortsinne der Parteiabrede Entsprechende, so bedeutet das Haltensollen die Pflicht, „der künftigen Erfüllung in keiner Weise mehr zuwiderzuhandeln"[2]). Es bildet „die erste Wirkung des Schuldvertrages auf die Person des Schuldners, denn es kann bestehen, wenn es noch ganz ungewiß ist, ob ein Erfüllensollen jemals entsteht"[3]). Im einzelnen liegt im Haltensollen die Pflicht, „den Schuldvertrag weder durch Handeln noch durch Unterlassen zu vereiteln, die Erfüllung weder wissentlich noch unwissentlich zu erschweren, alles zu unterlassen, was dieselbe störend oder hindernd beeinflussen kann"[4]). Daß die Pflicht auch praktisch als eine besondere, neben der Leistungspflicht bestehende

---

[1]) Vergl. zum folgenden Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis des Sächsischen Rechts im Mittelalter. 1896. S. 74 ff.

[2]) Puntschart: a. a. O. S. 98.

[3]) Man denke hier z. B. an die Fälle der Auslobung, des Wechselakzeptes vor seiner Aushändigung, der Offerte unter Anwesenden usw.; vergl. Puntschart: a. a. O. S. 76.

[4]) Puntschart: a. a. O. S. 93

angesehen worden ist, beweisen die in alten Urkunden enthaltenen Klauseln, die den Zweck verfolgen, jegliches Zuwiderhandeln gegen den Erfolg des Rechtsgeschäftes auszuschließen[1]).

Auch im geltenden positiven Recht ist, wie sich aus dem folgenden ergeben wird, die Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Verwirklichung der Leistung zu unterlassen, anerkannt.

Die sekundäre Unterlassungspflicht ist als die Kehrseite des mit dem Schuldverhältnisse eigentlich beabsichtigten und gewollten Tuns oder Unterlassens, als der nach der negativen Seite hin ausgedachte Inhalt des Leistungsgebotes[2]) bezeichnet worden. Ihr Wesen ist demnach aus ihrem Verhältnis zur Leistung zu ergründen.

Wie im einzelnen der Inhalt der Leistung im Sinne des Leistungsverhaltens[3]) aussieht, darüber enthält das Gesetz keine erschöpfenden Vorschriften, da sich das notwendig nach den individuellen Verhältnissen des einzelnen Falles richten muß. Maßgebend ist hier aber der Grundsatz des § 242 BGB., daß der Schuldner die Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten. § 242 BGB. bedeutet also eine erhebliche Erweiterung der Leistungspflicht, wie sie im § 241 BGB. statuiert ist. Er enthält die gesetzliche Sanktion der sekundären Unterlassungspflicht. Nach Treu und Glauben sind nicht nur alle Handlungen, die die Leistung **unmöglich** machen, zu unterlassen, sondern auch jedes Verhalten zu vermeiden, das die Verwirklichung des mit der Obligation bezweckten Erfolges **beeinträchtigen** oder auch nur **gefährden** könnte. Dabei ergibt sich der Grad der vom Schuldner zu beobachtenden Geistes- und Willensanspannung aus dem im Sinne des § 242 BGB. auszulegenden § 276 BGB. Der Schuldner hat demnach auf die Vermeidung von Zuwiderhandlungen das Maß von Vorsicht und Sorgfalt anzuwenden, das nach Treu und Glauben im einzelnen Fall von ihm zu erwarten war[4]).

Schon im römischen und gemeinen Recht war ein derartig erweiterter Leistungsinhalt anerkannt in Form der Diligenz- bezw. der allgemeinen Sorgfaltspflicht[5]).

Nach den im vorangegangenen gewonnenen Ergebnissen läßt sich der gesamte, dem Schuldner auferlegte Pflichtenkomplex folgendermaßen zerlegen:

---

[1]) Puntschart: a. a. O. S. 97.

[2]) Lehmann: Die Unterlassungspflicht. S. 167. Darüber, daß diese Formulierung zu eng ist, da sie die den selbst. Unterlassungspflichten entsprechenden sekundären Pflichten nicht mit umfaßt, vergl. oben S. 6 zu Anm. 2.

[3]) Der Leistungsbegrif ist doppeldeutig. Man versteht unter Leistung auch das zu Leistende, das Endergebnis, den Gegenstand des schuldnerischen Bemühens: z. B. das zu erbauende Haus, die zu leistenden Dienste. Vergl. darüber Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach deutschem Reichsrecht; Iherings Jahrbücher Bd. 50, S. 55 ff.; S. 177 f.; Lehmann: a. a. O. S. 56.

[4]) Ebenso Lehmann: a. a. O. S. 69.

[5]) Vergl. Lehmann: a. a. O. S. 170 ff.

1. Zunächst liegt dem Schuldner die eigentliche Leistungspflicht im engeren Sinne ob, z. B. dem Mieter die Pflicht, den Mietzins zu zahlen und die Mietsache am Ende der Mietzeit zurückzugeben.
   Neben der Hauptpflicht stehen rechtlich gleichwertige positive und negative Nebenleistungs-Pflichten, „kombinierte" Pflichten. Der Mieter hat z. B. häufig die Treppen zu reinigen und das Halten von Hunden zu unterlassen.
2. Als Kehrseite der Leistungspflicht im engeren Sinne ergeben sich mannigfache sekundäre Unterlassungspflichten. Da der Mieter die Mietsache unversehrt zurückzugeben hat, muß er Beschädigungen derselben vermeiden; er darf keine Rauf- und Trunkenbolde in die Wohnung aufnehmen. Der Entleiher darf die geliehene Vase nicht zerstören, sie auch nicht verschenken oder an einem Orte aufstellen, wo sie leicht beschädigt werden kann. Wem die Verpflichtung obliegt, ein Bild nicht zu verkaufen, darf auch einem anderen keine Vollmacht zum Verkauf geben.
3. Schließlich ist der Schuldner nach Treu und Glauben auch dazu verpflichtet, für die Erhaltung der Leistungsmöglichkeit durch positive Tätigkeit zu sorgen. Der Entleiher hat z. B. schädliche Einwirkungen von der geliehenen Sache abzuwehren. Der Verkäufer muß das verkaufte Pferd pflegen, und wenn es erkrankt, einen Tierarzt zuziehen; das ist die in der Literatur sogenannte „Pflicht zur Bewahrung und Bewachung der Kaufsache" oder allgemeiner, die „Obhuts- und Erhaltungspflicht"[1]) Lehmann[2]) nennt sie richtig eine „sekundäre positive Pflicht".

Den unselbständigen Charakter der sekundären Unterlassungspflicht erkennt man am besten, wenn man sich die Folgen ihrer Übertretung vor Augen führt. Zur besseren Veranschaulichung wollen wir die Rechtslage an Hand eines Beispiels darstellen:

A. ist verpflichtet, dem B. nach Ablauf von drei Monaten eine Vase zu Eigentum zu übergeben. Hier enthält das die Übereignung verlangende Gebot an sich noch nicht die Pflicht des Schuldners, in der Zwischenzeit den Vertragszweck gefährdende Handlungen zu unterlassen, wohl aber ist in dem Gebot notwendig ein Verbot enthalten, das die genannte Pflicht begründet. Nehmen wir nun an, der Schuldner zerstöre mutwillig die Vase. Dann hat er zweifellos seine Pflicht verletzt. Aber Folgen treten nur ein, wenn der Gläubiger die Verpflichtung des Schuldners zur Übereignung geltend macht. Auf diese Pflicht wird er sich berufen, wenn er Schadensersatz verlangt. Verzichtet der Gläubiger etwa nachträglich auf sein Recht zur Übergabe, so treten auch keinerlei Folgen der Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht ein. Die sekundäre Unterlassungspflicht besteht nur, wenn man sie als eine Seite der positiven Hauptpflicht erfassen kann, also nur, solange diese Hauptpflicht Bestand hat. Sie ist insofern ein unselbständiges Stück der eigentlichen Leistungspflicht.

Daß die sekundäre Unterlassungspflicht rechtserheblich wird nur vermöge des Einflusses, den ihre Erfüllung oder Verletzung auf die Erfüllung der Leistungspflicht ausübt, zeigt auch das folgende Beispiel:

---

[1]) Vergl. Planck: Kommentar. Vorbem. zu §§ 275-292 I, 3 b d; Komm. v. RGR § 278 unter Nr. 3.

[2]) Lehmann: a. a. O. S. 171.

Der Schuldner der Vase hat diese vor Fälligkeit seiner Pflicht auf eine Ausstellung geschickt. An dem Fälligkeitstage erhält er sie zurückgesandt und übergibt sie unversehrt dem Gläubiger. Hier hat der Schuldner durch einen Verstoß gegen eine sekundäre Unterlassungspflicht die Erfüllung der ihm obliegenden Leistungspflicht gefährdet. Auch hier liegt also zweifellos ein Pflichtverstoß vor, aber er ist nicht rechtserheblich, da der Schuldner völlig obligationsmäßig erfüllt hat. Für den Gläubiger ist nur die Leistung im Sinne des Leistungsgegenstandes, des Bekommensollens maßgebend. Er hat aber bekommen, was er sollte. Nur wenn er in diesem Punkte etwas auszusetzen hätte, würde die sekundäre Unterlassungspflicht, und zwar als Stück der Leistungspflicht, erheblich werden.

Aus dieser unselbständigen Natur der sekundären Unterlassungspflicht folgt, daß der Gläubiger nicht auf ihre Erfüllung klagen kann[1]). Denn er kann sich ja sogar außergerichtlich nie auf die sekundäre Unterlassungspflicht als solche berufen, sondern nur auf dem Wege der Geltendmachung der Leistungspflicht zugleich auch ihre Erfüllung verlangen oder ihre Verletzung rügen. Eine zum Schutze eines anderen erlassene Norm — hier das im Gebot zur Leistung enthaltene Verbot, Zuwiderhandlungen zu unterlassen — gewährt darum doch dem Begünstigten noch kein Recht[2]). Die Rechtsordnung besteht nicht aus einem System von subjektiven Rechten, wie Eltzbacher[3]) meint, der die Klagbarkeit der sek. Unterlassungspflicht bejaht[4]), sondern es kommen Pflichten vor, denen keine Rechte korrespondieren. Darum ist es auch sicher unrichtig, wenn Lehmann[5]) solche systematisch sek. Unterlassungspflichten, denen das Gesetz Rechtsschutz verleiht (wie z. B. § 550 BGB.), zu den selbständigen Unterlassungspflichten rechnet. Maßgebend für die Selbständigkeit der Pflicht ist doch, ob ihre Verletzung selbständige Folgen nach sich zieht und ob der Gläubiger die Erfüllung der Pflicht als solcher verlangen kann. Das ist aber nie der Fall, wo Schadensersatzansprüche bei Verstößen nur eintreten, wenn die Hauptpflicht verletzt ist. Der unselbständige Charakter dieser Pflichten ergibt sich notwendig aus der Ableitung derselben aus dem „negativ ausgedachten Leistungsgebot“[6]), er bleibt auch erhalten, wenn das Gesetz ihnen Klagbarkeit verleiht. Denn wenn die positive primäre Pflicht wegfällt, so fällt auch hier die negative sek Unterlassungspflicht fort. Wenn z. B. der Vermieter auf Rückgabe der Wohnung verzichtet, so kann er auch nicht mehr Ansprüche aus dem Grunde erheben, weil die Pflicht, einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache zu unterlassen (§ 550 BGB.), verletzt worden sei[7]).

---

[1]) Vgl. dazu auch Planck-Siber § 241 Nr. 2.

[2]) Enneccerus: a. a. O. § 465 Anm. 1.; Görisch: a. a. O. S. 16 f.

[3]) Eltzbacher: Die Unterlassungsklage 1906. S. 135 ff.

[4]) so besonders S. 149: „Zum Schutz der verschiedensten Forderungsrechte findet die Unterlassungsklage statt, wenn der Verpflichtete ungeachtet einer Abmahnung des Berechtigten immer wieder Handlungen vornimmt, durch die er sich die Leistung zum Teil unmöglich macht (§ 280 BGB). Veräußert z. B. der Verkäufer einer Bibliothek fortgesetzt Bücher daraus an Dritte, so kann der Käufer sich sichern, indem er auf Unterlassung klagt“. — Weiter ist hier auf die umstrittene Frage nicht einzugehen.

[5]) Lehmann: a. a. O. S. 11 f.

[6]) Vgl. Lehmann a. a. O. S. 167.

[7]) Vergl. Béranger: Über die Ausdehnung der im BGB. gewährten Unterlassungsklagen. Diss. Marburg. 1923. (Masch.-Schrift) S. 137 ff.

In der Literatur findet sich häufig die Bemerkung, daß die sekundäre Unterlassungspflicht, soweit die primäre Pflicht auf gegenwärtige Leistung gerichtet ist, nur eine tautologische Bezeichnung für die Leistungspflicht selbst sei[1]). Hiergegen muß Widerspruch erhoben werden, da es unklare Vorstellungen herbeiführen muß. Aus den vorangegangenen Erörterungen hat sich schon ergeben, daß sek. Unterlassungspflicht und primäre Hauptpflicht im Grunde ein Ding, von zwei Seiten betrachtet, bedeuten, insofern, als die sek. Unterlassungspflicht nur die Kehrseite der Hauptpflicht, die Hauptpflicht selbst, nach ihrer negativen Seite gedacht, ist. Hier zu unterscheiden zwischen gegenwärtigen und zukünftigen Leistungen ist durchaus unberechtigt, die Lage ist in beiden Fällen die gleiche. Ja, bei gegenwärtigen Leistungspflichten erreicht, wie schon oben[2]) ausgeführt wurde, und in der Literatur zugegeben wird, die sek. Unterlassungspflicht ihren größten Umfang. Wie man bei zukünftigen Leistungen einen Verstoß gegen das Gebot unterscheiden kann, von einem solchen gegen das im Gebot steckende Verbot, ebenso kann man das auch bei gegenwärtigen Hauptpflichten. Überreicht z. B. der Schuldner dem Gläubiger die geschuldete Vase so unvorsichtig, daß sie zu Boden fällt und zerbricht, so hat er in derselben Weise seine sek. Unterlassungspflicht verletzt, wie wenn er die Vase eine Woche vor Fälligkeit seiner Übergabepflicht unvorsichtigerweise zerbrochen hätte. Das gleiche gilt hinsichtlich der gefährdenden Zuwiderhandlung; z. B. der Schuldner reicht dem Gläubiger die Vase so ungeschickt, daß sie zu Boden gefallen wäre, hätte sie nicht der Gläubiger geistesgegenwärtig im Fallen noch aufgefangen. Die sek. Unterlassungspflicht ist also bei zukünftiger und gegenwärtiger Leistung in gleicher Weise vorhanden[3]). Auch bei fälliger Leistung enthält der an den Schuldner gerichtete Imperativ: „Leiste!“ nicht schon das Verbot, ein Verhalten, das die Leistungshandlung gefährdet, zu unterlassen. Besonders klar wird das in den Fällen, in denen sich die Erfüllungshandlung auf einen längeren Zeitraum erstreckt[4]).

Der im vorstehenden entwickelte Begriff der sek. Unterlassungspflicht ist in der Literatur noch nicht zur allgemeinen Anerkennung gelangt.

---

[1]) Vergl. Lehmann: a. a. O. S. 168; Görisch: a. a. O. S. 15 f; Ullrich: a. a. O. S. 174. f.

[2]) Siehe S. 6 f.

[3]) Görisch: a a. O. S. 22 führt aus, daß die sek. Unterlassungspflicht erst zusammen mit der Hauptpflicht erfüllt sei. Dann besteht sie jedoch auch bis zu diesem Zeitpunkte! Görisch widerspricht sich also (vergl. S. 15 f.).

[4]) Nicht also bloß in dem Fall der gegenwärtigen Leistungspflicht, wie Ullrich (S. 174 f.) und Lehmann (S. 168 f.) meinen, sondern in jedem Falle der Leistungspflicht richten sich Einwände gegen die Existenz der sek. Unterlassungspflicht „nur gegen die Form und nicht gegen die Sache“. Wenn man übrigens die sek. Unterlassungpflicht neben der gegenwärtigen Leistungspflicht wie diese Schriftsteller ablehnt, dann muß man sie konsequentermaßen auch ablehnen in allen Fällen, in denen neben der künftigen Übergabepflicht eine positive Erhaltungspflicht kraft gesetzlicher Vorschrift besteht.

Allerdings ist Lehmann[1]) nicht beizupflichten, wenn er behauptet, daß Siber[2]) die sek. Unterlassungspflicht überhaupt ablehne. Wenn Siber (a. a. O. S. 175 ff.) ausführt, daß die Erfüllungsvereitelung durch außeracht gelassene Diligenz nur als eine Rechtsbedingung der auf Schadenersatz gerichteten sek. Leistungspflicht zu betrachten, dagegen die Übung von Sorgfalt und das Unterlassen von Vorsatz und Fahrlässigkeit — Siber meint offenbar damit die sek. Unterlassungspflicht, alles den Vertragsweck gefährdende Zuwiderhandeln zu unterlassen, — nicht in den Inhalt der primär geschuldeten Leistungspflicht aufzunehmen sei, so sagt er, was besonders seine Ausführungen auf Seite 176 beweisen, im Grunde nichts anderes als das, was oben (S. 9 ff.) dargelegt worden ist. Nur der Ausdruck „Rechtsbedingung" ist falsch. In Wirklichkeit hält aber Siber die Pflicht zur Anwendung von Sorgfalt auf die Erfüllung, die sek. Unterlassungspflicht, sehr wohl für vorhanden. Er gebraucht doch selbst das Wort „Pflicht" (vergl. Theorie von Schuld und Haftung S. 200 f.). Dasselbe ergibt sich aber auch daraus, daß er die Ansicht Lehmanns über den Inhalt der Leistungspflicht für nicht weitgehend genug hält und glaubt, man wolle die Schuldnerpflicht vermindern (Rechtszwang S. 177)[3]) zum bloßen sorgfältigen Versuch der Leistung, während der Schuldner doch zu weit mehr, zur Leistung schlechthin verpflichtet sei. Gerade aus dieser Erwägung heraus ergibt sich, daß Siber in der Sache mit uns durchaus einig ist. Das beweisen weiter auch seine Ausführungen in der „Theorie" S. 177, wo er für befristete Verbindlichkeiten die sek. Unterlassungspflicht ausdrücklich zugibt und auf S. 179 f., wo er ebenfalls dasselbe entwickelt, was oben (S. 9) dargelegt ist: Schadensersatzansprüche entständen bei der sek. Unterlassungspflicht nur, soweit die primäre Pflicht verletzt sei. Demgegenüber fällt die Behauptung (Rechtszwang S. 85 ff. und 175 ff.), daß die sek. Unterlassungspflicht nur eine tautologische Bezeichnung sei, nicht ins Gewicht, zumal, wie schon gesagt, dieser Einwand sich nur gegen die Form wendet.

Dagegen werden von anderer Seite[4]) die sek. Unterlassungspflichten auch der Sache nach verworfen, und auch sonst wird ihr Wesen noch vielfach nicht richtig erkannt.

Oft wird sie der „Obhutspflicht"[5]), der von Lehmann so genannten „sek. Erhaltungspflicht", gleichgesetzt. Es ist aber zu betonen, daß die sek. Unterlassungspflicht nicht nur bei Verbindlichkeiten, die sich auf die Verschaffung und Rückgabe von Sachen beziehen, vorkommt, sondern auch in allen anderen Schuldverhältnissen. So trifft z. B. den Leiter einer privaten Erziehungsanstalt die Pflicht, den Zweck des Erziehungsvertrages nicht dadurch zu vereiteln, daß er seinen Zöglingen in irgend einer Beziehung ein schlechtes Beispiel gibt, oder dadurch, daß er sie zu seiner Weltanschauung heranbildet, die dem Sinne des mit den Eltern abgeschlossenen Vertrages widerspricht. Gerade Pflichten, die

---

[1]) Lehmann: a. a. O. S. 174 ff.

[2]) Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis usw. 1903 S. 171 ff.

[3]) Vgl. hierzu und zum Folgenden auch Siber bei Planck, Vorbem. zu §§ 275—292 BGB. 3 d ß u. 8 und ebenda zu § 241, 2 (S. 189), wo er im wesentlichen dasselbe ausführt wie im „Rechtszwang" S. 177 und in der „Theorie" S. 177 ff.

[4]) Vergl. Béranger a. a. O. S. 136 f.; siehe unten nächste Seite.

[5]) Vergl. oben S. 8, Nr. 3.

sich auf die eigene oder eine fremde Person beziehen, und sek. Unterlassungspflichten, die sich aus einem Schuldverhältnisse ergeben, das die Leistung eines unkörperlichen Gutes, z. B. eines Geistesproduktes zum Inhalt hat, zeigen, daß man durch die Erhaltungspflicht die sek. Unterlassungspflicht nicht oder doch nur mit äußerst gekünstelten Konstruktionen ersetzen kann[1]).

Nicht richtig ist es auch, wenn Siber im Planck'schen Kommentar[2]) behauptet, die sek. Unterlassungspflicht müßte schon erfüllt sein, bevor die primäre Leistungspflicht überhaupt erfüllt werden könne. Sie bereite nur die Leistung vor und sei darum besser nur eine Vorbereitungspflicht zu nennen. Die Widerlegung ist oben[3]) gelegentlich der Zurückweisung der Ansicht erfolgt, daß bei gegenwärtigen Leistungen die sek. Unterlassungspflicht nur ein tautologischer Ausdruck sei.

Ausdrücklich lehnt den Begriff der sek. Unterlassungspflicht Béranger[4]) ab. Er führt mit Bezug auf sie aus[5]):

„Diese angeblichen Pflichten sind nicht etwa nur nicht selbständige in dem Sinne, daß sie nicht klagbar sind, sondern sie existieren gar nicht . . . ."

„Der Verkäufer darf die Sache zerstören, er würde dabei weder rechtswidrig noch pflichtwidrig handeln . . . ."

„Wenn der Verkäufer jetzt schadensersatzpflichtig wird, so wird er es, weil die Leistung unmöglich geworden ist, nicht aber, weil er eine pflichtwidrige Handlung vorgenommen hätte. Alle diese unselbständigen Pflichten sind keine rechtlichen Bindungen, sondern nur moralische."

Daß diese sonderbar anmutende Lehre unrichtig sein muß, leuchtet fast ohne besondere Widerlegung ein. Lehmann[6]) hebt mit Recht hervor, daß, wer die sek. Unterlassungspflicht ablehne, der Leistungspflicht den rechtlichen Pflichtcharakter nehme. Auf das letzte Argument Bérangers, daß der Schuldner schadensersatzpflichtig werde, weil die Leistung unmöglich geworden sei, ist später einzugehen. Es ist, wie hier schon gesagt werden kann, unhaltbar. Bérangers[7]) Hauptbeweisgrund, es werde durch die Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Erreichung des Vertragszweckes zu unterlassen, das ius ad rem wieder hergestellt, ist hinfällig, da eben die sek. Pflicht, wie oben[8]) ausgeführt ist, gar kein Recht, kein ius, begründet, besonders aber deshalb, weil das ius ad rem sich gegen Dritte wendet, das Klagrecht aber, wenn man es bejahen würde, nur gegen den Schuldner gerichtet wäre. Aus dem gleichen

---

[1]) Ebenso Görisch: a. a. O. S. 30 f.
[2]) Planck-Siber: a. a. O. Vorbem. zu § 275-292 unter I, 3 b d vergl. auch Oertmann: a. a. O. zu § 242 III B 1, C 1.
[3]) Vergl. oben S. 11 f.
[4]) Béranger: a. a. O. S. 123 ff., bes. 129 ff.
[5]) Béranger: a. a. O. S. 139.
[6]) Lehmann: a. a. O. S. 175.
[7]) Béranger: a. a. O. S. 134.
[8]) Vergl. oben S. 10. f.

Grunde trifft der Einwurf, es würden alle möglichen lästigen Unterlassungsklagen entstehen[1]), nicht zu.

Als Ergebnis steht nunmehr fest:

In jedem Schuldverhältnisse ist der Schuldner verpflichtet, alle Handlungen zu unterlassen, die die Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolges vereiteln, beeinträchtigen oder gefährden könnten[2]). Die sek. Unterlassungspflicht ist keine besondere neben der Leistungspflicht stehende Verpflichtung, sondern sie liegt in ihr beschlossen[3]). Die Hauptbedeutung des Begriffs dieser unselbständigen Pflicht liegt darin, daß man erst mit seiner Hilfe den Inhalt und Umfang der Leistungspflicht vollständig ermessen kann: sie ist insofern eine besondere Anschauungsform für die Leistungspflicht oder auch ein unselbständiges Stück derselben, das seiner besonderen Bedeutung wegen aus dem Gesamtpflichtenkomplex der Verbindlichkeit ausgeschieden und in seinen Schicksalen besonders beobachtet wird. Sie ist in diesem Sinne eine unselbständige Pflicht.

3. Höchst-persönliche und übertragbare oder objektiv bestimmte Unterlassungspflichten.

§ 362 BGB.[4]) lautet: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird". Die Person des Gläubigers muß also in jedem Falle bei der Erfüllung beteiligt sein. Dagegen verlangt das Gesetz nicht, daß gerade der Schuldner es sei, der die Leistung an den Gläubiger erbringt. Im allgemeinen kann gemäß § 267 BGB. auch ein Dritter leisten. Nur wo es sich aus der Natur der geschuldeten Leistung ergibt, daß der Schuldner in Person tätig werden muß, ist es anders.

Kann man bei Unterlassungsverbindlichkeiten zwischen höchstpersönlichen und übertragbaren Pflichten unterscheiden? In der Literatur[5]) wird das durchweg abgelehnt. Es liege in der Natur der Unterlassungspflichten, daß die Erreichung des Obligationszweckes nur von dem persönlichen Verhalten des Schuldners abhänge. Das ist nicht richtig, wie an einigen Beispielen bewiesen werden soll.

---

[1]) Béranger S. 132

[2]) Ebenso Görisch: a. a. O. S. 24.

[3]) Darum geht der von Krückmann (Rechtsausübung und Pflichterfüllung, Iherings Jahrb. Bd. 65 S. 209 ff. S. 223) erhobene Einwand fehl. Krückmann spricht allerdings an dieser Stelle von der sogenannten „Sorgfaltspflicht", der, weil es ihr an jedem faßbaren Inhalt fehlt, freilich jede Bedeutung abzusprechen ist. Doch will Krückmann zugleich mit der Sorgfaltspflicht anscheinend auch die sek. Unterlassungspflicht ablehnen. Es darf aber aus dem Grunde, weil der sek. Unterlassungspflicht kein „besonderer", „selbständiger" Inhalt neben der Hauptpflicht zukomme, ihr Vorhandensein, wie im vorangegangenen Text näher ausgeführt worden ist, nicht überhaupt verneint werden.

[4]) Vergl. zum folgenden Treitel: Sind die Vorschriften des BGB. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Diss. Rostock 1902. S. 13 ff.

[5]) Lehmann: a. a. O. S. 193. ff.; Stephan: Die Unterlassungsklage, München 1908. S. 214 ff.; Ullrich: a. a. O. S. 209.

A. verpflichtet sich dem B. gegenüber, einen Monat lang seinen Aufenthalt nicht in der Stadt X zu nehmen. — Hier liegt auf der Hand, daß allein A. die Leistung[1]) erbringen kann, das Verhalten jedes andern ist für die Erreichung des bezweckten Erfolges gleichgültig.

C. verpflichtet sich dem D. gegenüber, sein Grundstück nicht zu bebauen, damit D. die Aussicht erhalten bleibt. C. verkauft nun sein Grundstück an E.

1. E. kennt die Verpflichtung des C. nicht. Wenn E. nun nicht baut, so ist klar, daß die Verbindlichkeit ordnungsmäßig erfüllt wird.

2. E. hat die Verpflichtung des C. ausdrücklich mitübernommen. Hier tritt er vollkommen in die Pflichten des C. ein.

Betrachten wir noch den folgenden Fall:

F. verpflichtet sich seinem Zimmernachbar G. gegenüber, in seinem Zimmer nicht Klavier zu spielen, damit G. ungestört arbeiten kann. Dem Gläubiger kommt es hier nicht darauf an, daß gerade F. persönlich, etwa weil er in besonders unerträglicher Art zu spielen pflegt, das Klavier nicht benutzt, sondern das Spielen soll überhaupt in F's Zimmer unterbleiben. Es sind also auch andere Personen, z. B. den F. besuchende Freunde imstande, den Gläubiger zu befriedigen bezw. zu seiner Befriedigung mitzuwirken[2]).

Auch unter den Unterlassungsverbindlichkeiten gibt es also solche, die gemäß der Eigenart des bezweckten Erfolges nur in Person erfüllt werden können und andere, bei denen auch ein Dritter den Obligationszweck herbeiführen kann. Höchstpersönliche Unterlassungsverbindlichkeiten sind diejenigen, bei denen der Zweck des Schuldverhältnisses, die Befriedigung des betreffenden Interesses des Gläubigers, ausschließlich und schon allein durch die Übung der Unterlassung durch den Schuldner eintritt. Übertragbare oder „objektiv bestimmte" sind diejenigen, bei denen der Eintritt des Obligationserfolges nicht nur vom Verhalten des Schuldners, sondern auch von dem dritter Personen abhängen kann, das ist der Fall, wenn Dritte mit derselben Wirkung, demselben wirtschaftlichen Effekt, die dem Schuldner verbotene Handlung vorzunehmen in der Lage sind.

Andere Einteilungsarten, wie die in einmalige, wiederkehrende und dauernde Unterlassungspflichten, sind hier nicht zu erörtern, da sie für den Zweck dieser Arbeit unwesentlich sind.

Erwähnung verdient nur noch die Unterscheidung von eigentlichen Unterlassungspflichten und Duldungspflichten. Zum Dulden ist jemand verpflichtet, wenn er „gegen die in seine Rechtssphäre eingreifen-

---

[1]) Es ist äußerst umstritten, ob man bei Unterlassungspflichten überhaupt den Begriff „Leistung" verwenden könne. Die Frage ist unten (III, a, 1, dd.) zu erörtern, vorläufig gebrauchen wir das Wort, ohne uns damit schon für die eine oder andere Meinung entscheiden zu wollen.

[2]) Damit ist nicht gesagt, daß sie im stande sind, an Stelle des Schuldners die Obligation zu „erfüllen". Vgl. hierzu III, a, 1, dd.

den Handlungen eines andern Abwehrhandlungen zu unterlassen hat“[1]). Hervorzuheben ist dabei, daß Duldungspflichten nie als sekundäre, sondern immer als selbständige Pflichten vorkommen[2]).

4. Die Behandlung der Unterlassungspflichten im BGB. im allgemeinen.

Bevor wir uns im folgenden mit der Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten beschäftigen, erscheint es geboten, einen kurzen Überblick über die Behandlung der Unterlassungspflicht im BGB. im allgemeinen zu geben.

Wendt hat in seinem Aufsatze „Unterlassung und Versäumnisse“[3]) behauptet, die Unterlassungspflicht stände im § 241 BGB. „mehr wie ein Beispiel als ein möglicher Fall“. Man habe bei Abfassung des Gesetzes nie untersucht, ob die Unterlassungspflichten nicht besondere Regeln nötig machten und ob die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts auf sie Anwendung finden könnten. Diese Behauptung ist von neueren Schriftstellern[4]) angefochten worden. Mit Recht! Die im täglichen Leben so zahlreich vorkommenden Unterlassungsverbindlichkeiten, denen zum Teil ganz erhebliche Bedeutung im Wirtschaftsleben zukommt, hat das Gesetz wohl keineswegs als „etwas nur immerhin Mögliches“ hingestellt. Die Gleichstellung der negativen und positiven Pflichten im ersten Paragraphen des Schuldrechts bringt vielmehr offenbar den Gedanken zum Ausdruck, daß grundsätzlich alle Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse auch für Unterlassungspflichten gelten sollen. Dabei hat das Gesetz es nicht für notwendig gehalten, besonders auszusprechen, daß eine Reihe von Bestimmungen auf sie der Natur der Sache nach nicht anwendbar sind.

Bei der Frage der Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen auf die Unterlassungsverbindlichkeiten handelt es sich um die reinen und kombinierten Unterlassungspflichten, denn auch letztere sind Inhalt eines Schuldverhältnisses, da man in einem engeren Sinne die einzelne Forderung und die ihr korrespondierende Verpflichtung als Schuldverhältnis bezeichnet[5]). Inwieweit aber die sekundären Unterlassungspflichten unter die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse fallen, das bildet eine Frage für sich, da sie rechtlich in jeder Beziehung von der primären Pflicht abhängig sind. Auf sie wird zweckentsprechend erst im letzten Teil der Arbeit[6]), nachdem zunächst die zum Ziel gesetzte Aufgabe hinsichtlich der selbständigen Unterlassungspflichten durchgeführt ist, zurückzukommen sein.

---

[1]) Vergl. Jacobsohn: Die Unterlassungsklage. Berlin 1922. S. 9.
[2]) Lehmann: a. a. O. S. 91.
[3]) Wendt: vergl. Arch. ziv. Prax. Bd. 92. S. 1 ff. S. 1.
[4]) vergl. z. B. Lehmann: a. a. O. S. 54; Schrage: Über Unterlassungspflichten u. pos. Vertragsverletzungen. Diss. Königsberg 1913, S. 30.
[5]) Vergl. Lehmann: a. a. O. S. 207, vgl. unten III, a, 1, dd, 8.
[6]) Siehe unten IV.

Selbständige Unterlassungspflichten kommen, von letztwilligen Verfügungen abgesehen, nur als Inhalt von Verträgen, und zwar praktisch nur von gegenseitigen Verträgen, vor[1]). Dem Wesen der Unterlassungspflichten zufolge sind nicht alle dem BGB. bekannten Erlöschungsgründe des Schuldverhältnisses bei ihnen denkbar, z. B. nicht die Hinterlegung oder die Aufrechnung. Auch die Verjährung des ihnen korrespondierenden Anspruchs weist Besonderheiten au (§ 198 BGB). Diese Abweichung ergibt sich aus der Bedeutung des Zeitmoments bei den Unterlassungsverpflichtungen. Die Unterlassung ist nämlich immer Fixleistung[2]). Da sie nur für einen bestimmten Zeitpunkt oder einen dauernden oder vorübergehenden Zeitraum geschuldet wird, führt die Zuwiderhandlung ausnahmslos — völlige oder teilweise — Unmöglichkeit der Leistung herbei, und zwar immer objektive Unmöglichkeit. Denn ein Unvermögen ist wegen des Charakters als Fixleistung ausgeschlossen[3]). Aus dem gleichen Grunde ist Verzug bei Unterlassungspflichten nicht denkbar[4]). Unterlassungspflichten sind unteilbar; es läßt sich lediglich eine Vervielfältigung der Pflicht denken[5]).

Nicht immer liegt es im Wesen der Unterlassungspflicht begründet, daß eine Vorschrift auf sie nicht anwendbar erscheint. Denn manchmal hat das Gesetz bei der Formulierung der Rechtsregeln nicht an die Unterlassungspflichten gedacht[6]). In solchen Fällen muß eine entsprechende Bestimmung für Unterlassungspflichten aus der betreffenden insofern unvollständig gebliebenen Vorschrift abgeleitet werden, indem man nach einem für positive und negative Pflichten geltenden höheren Prinzipe forscht, als dessen Ausfluß also die gesetzliche Bestimmung über positive Pflichten erscheint.

---

[1]) Vergl. Haensell: Die Besonderheiten der Unterlassungsschulden, Diss. Jena 1903. S. 17 ff.

[2]) Lehmann: a. a. O. S. 190; Ullrich: a. a. O. S. 202; Schrage: a. a. O. S. 13 u. 35.

[3]) Pagenkämper: Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten. Diss. Breslau 1905. S. 35.; Ullrich: a. a. O. S. 196 ff., Oertmann: Vorbem. zu §§ 275—283, 3 b; Lehmann: Unterlassungspflicht S. 243; anders Plank-Siber: S. 182 und die dort angegebene Literatur.

[4]) Früchting: Verzug des Schuldners bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen, Diss. Breslau 1911, S. 50—60; Ullrich: a. a. O. S. 206 ff. Lehmann: Unterlassungspflicht, S. 266, Lesser: Der Inhalt der Leistungspflicht, Berlin 1909, S. 66 und S. 109, Haensell: S. 39, Schrage: S. 30 ff; Kretschmar: Die Erfüllung, Leipzig 1906. S. 140.

[5]) Haensell: a. a. O. S. 30 ff. Enneccerus: § 228, IV, 3.

[6]) vergl. Krier: Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten. Diss. Frankfurt. 1927. S 14.

II. Die Ansichten des Schrifttums und der Rechtsprechung über die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten.

Zu den Vorschriften, die zu Zweifeln darüber berechtigen, ob der Gesetzgeber mit ihnen bewußt einem nur bei positiven Verbindlichkeiten bestehenden Rechtsbedürfnisse nachkommen wollte, oder bei der Abfassung des Gesetztextes die Unterlassungspflichten übersehen hat, gehört in erster Linie § 278 BGB. Der Wortlaut der Bestimmung spricht offenbar gegen die Anwendbarkeit auf Unterlassungspflichten[1]). Denn es erscheint geradezu sinnlos, daß der Schuldner einer Unterlassungspflicht sich zur Nichtvornahme der Handlung einer anderen Person bediene. Wenn ich mich verpflichtet habe, einen Monat lang nicht zu rauchen und, um nicht in Versuchung zu kommen, meinen Zigarrenvorrat meinem Freunde anvertraue, so kann man vielleicht sagen, ich hätte mich seiner zur Erfüllung meiner Verbindlichkeit bedient. Er hat mir dazu geholfen, daß ich meine Verpflichtung erfüllte. Noch anschaulicher ist wohl das Beispiel Kriers[2]): Odysseus läßt sich, um den Lockungen der Sirenen zu widerstehen, von seinen Gefährten an einen Schiffsmast binden. Mit Recht weist aber Krier[3]) darauf hin, daß die von § 278 BGB. gemeinten Tatbestände mit diesem Beispiel keine Ähnlichkeit haben, daß also bei ihnen von einer Unterstützung des Schuldners bei der Nichtvornahme einer Handlung durch ihn persönlich keine Rede sein könne.

Anderseits ist aber schon in der Einleitung[4]) betont worden, daß in vielen Fällen, in denen Dritte die dem Schuldner verbotene Handlung vornehmen, eine Haftung des Schuldners recht und billig ist.

Aufgabe der folgenden Erörterungen ist es, unter Verwertung der schon gefundenen Ergebnisse einen Weg zu weisen, auf dem die sich bietenden Schwierigkeiten überwunden werden können.

Zunächst sollen der Stand der Rechtslehre und Rechtsprechung wiedergegeben und die verschiedenen Ansichten nachgeprüft werden. Jedoch wollen wir uns zunächst auf die Untersuchung beschränken, ob das positive Ergebnis, zu dem der einzelne Schriftsteller gelangt, befriedigt und seine Begründung haltbar ist, während die Kritik der gegen die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten vorgebrachten Gründe erst im Zusammenhang mit der Begründung unserer eignen Ansicht erfolgen kann.

---

[1]) Die Haftung für den gesetzlichen Vertreter bietet auch bei Unterlassungspflichten keine Schwierigkeiten; sie braucht darum in unsere Erörterungen nicht einbezogen zu werden.

[2]) a. a. O. S. 12.

[3]) a. a O. ebenda.

[4]) Siehe oben S. 2.

1. Die Ansichten, die sich gegen die Anwendbarkeit des § 278 BGB. aussprechen.

Die Einzeluntersuchungen über Unterlassungsverbindlichkeiten und über den § 278 BGB. gelangen, soweit sie sich auf die Frage überhaupt einlassen, meist zu dem Ergebnisse, daß § 278 BGB. den Rechtsgrund der Haftung für Zuwiderhandlungen Dritter nicht abgeben könne.

Paasche[1]) begründet diese Stellungnahme damit, daß eine Unterlassungsverbindlichkeit den Schuldner immer zu einer **höchstpersönlichen** Leistung verpflichte[2]). Er beruft sich auf Kleineidam[3]), dessen Ausführungen, da sie auch die Grundlage der Erörterungen Lehmanns[4]) bilden, am besten wörtlich angeführt werden. Kleineidam[5]) schließt folgendermaßen:

> „Bei einer Verletzung der Unterlassungspflicht durch den Schuldner läßt sich" — im Gegensatz zur Rechtslage bei positiven Pflichten — „der Obligationszweck dadurch, daß etwa ein Dritter die in der Obligation erwähnte Handlung unterläßt, nicht erreichen. Es liegt ja auf der Hand, daß irgend ein solcher Dritter stets vorhanden wäre; eine Nichterfüllung einer auf eine Unterlassung gerichteten Pflicht wäre bei der entgegengesetzten Ansicht überhaupt undenkbar. Das Nichttun seitens eines Dritten **ersetzt** daher niemals das Nichttun seitens eines verpflichteten Schuldners, es kann nämlich niemals die durch obligationswidriges Handeln des Schuldners in die Welt gesetzte positive causa beseitigen."

Paasche[6]) meint, daß es sich bei den Obligationen, bei denen eine Haftung des Schuldners für Zuwiderhandlungen Dritter billig sei, nie um reine Unterlassungsverbindlichkeiten handele, so z. B. bei den im Mietvertrage enthaltenen negativen Pflichten. Solche Verpflichtungen, durch die die Vornahme einer Handlung in dem gesamten Herrschaftskreise des Schuldners ausgeschlossen werden solle, enthielten neben der den Schuldner treffenden Unterlassungspflicht die andere auf etwas Positives, d. h. auf die Herstellung eines Erfolges gerichtete Verbindlichkeit, daß der Schuldner für die Nichtvornahme der Handlung in seinem Herrschaftskreise sorgen solle „oder auch für den Erfolg einzustehen habe, daß die Handlung unterbleibe". Der Schuldner hafte, wenn einer seiner Leute die verbotene Handlung vornehme, nicht aus

---

[1]) Paasche: Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen. Diss Freiburg 1903.

[2]) Paasche: a. a O. S. 53 und S. 20 f. Über diesen Einwand vergl. insbesondere unten unter III, a, 2, bb. Daß die Behauptung, alle Unterlassungspflichten seien höchstpersönlich, unrichtig ist, wurde schon bewiesen (vergl. oben S. 14 ff.). Im übrigen ist aber auch in den im Texte folgenden Ausführungen Kleineidams von Höchstpersönlichkeit der Unterlassungspflichten keine Rede.

[3]) Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.

[4]) Lehmann: a. a. O. S. 193 ff.

[5]) Kleineidam: a. a. O. S. 12.

[6]) Paasche: a. a. O. S. 21 ff.

einer Unterlassungsverbindlichkeit, sondern aus einer Verpflichtung zum Tun[1]).

Die Ausführungen Paasches lassen nicht klar erkennen, ob er den Schuldner einer Unterlassungsverbindlichkeit nur aus eigenem Verschulden verantwortlich machen will oder eine Garantiehaftung annimmt. Dafür, daß mit jeder Unterlassungsverbindlichkeit eine Garantiepflicht des Schuldners verbunden sei, hat er jedenfalls den Beweis nicht erbracht.

Ebenso wie Paasche hält Karl Fischer[2]) alle Unterlassungspflichten für höchstpersönlich. Er glaubt, daß man den Schuldner der Unterlassungsverbindlichkeit nicht für fremdes, sondern nur für eigenes Verschulden verantwortlich machen könne. Zur Begründung seiner Ansicht führt er ein Beispiel einer wirklich höchstpersönlichen Unterlassungspflicht an (ein Ingenieur hat sich verpflichtet, ein Betriebsgeheimnis nicht zu verraten) Damit läßt sich natürlich nichts für Unterlassungspflichten allgemein beweisen. Im selben Sinne wie Fischer entscheidet sich Mittelstein[3]).

Pagenkämper[4]) begründet seine ablehnende Haltung damit, daß Unterlassungsverbindlichkeiten nicht erfüllbar[5]) seien, da die Entstehung eines Anspruchs und damit die Möglichkeit von Leistung und Erfüllung durch die Zuwiderhandlung bedingt seien. Darum käme für Verletzungen von Unterlassungspflichten stets nur außerkontraktliches Verschulden in Betracht.

Knigge[6]) lehnt die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten ab, weil man sich zur Erfüllung der negativen Verbindlichkeit keiner anderen Person „bedienen" könne[7]). Die Verantwortlichkeit des Schuldners trete auf Grund des § 276 in Verbindung mit § 242 BGB. ein, weil der Schuldner die dritte Person nicht am Handeln gehindert habe.

Diesen vier Schriftstellern ist entgegenzuhalten,[8]) daß die Haftung des Schuldners für sein eigenes Verschulden nicht ausreicht, wenn man sich nicht in vielen Fällen mit unbilligen Ergebnissen abfinden will. Man denke an den Fall, daß der Prinzipal eines größeren Geschäftes sich verpflichtet hat, gewisse Waren nicht unter einem vereinbarten Mindestpreise abzusetzen und einer seiner Angestellten trotz gegenteiliger Anweisung zu einem billigeren Preise verkauft.

---

[1]) Ähnlich auch Jacobsohn: a. a. O. S. 10.

[2]) Karl Fischer: Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens. Diss. Würzburg 1904. S. 25.

[3]) Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs. 3. Aufl. Berlin 1913. S. 314.

[4]) Pagenkämper: a. a. O. S. 43 ff.

[5]) Dieser Einwand wird unten III, a, 1, dd. widerlegt.

[6]) Knigge: Die negative Leistung. Diss Erlangen 1903. S. 44 f.

[7]) Aus demselben Grunde wie Knigge hält Wilhelm Meyer: Die Unterlassungsklage. Diss. Breslau 1914. S. 9 ff. den § 278 BGB. nicht für anwendbar. Im übrigen schließt er sich ganz an Lehmann (a. a. O. S. 193 ff.; vergl. nächste Seite) an.

[8]) Vgl. oben S. 18, a. E.: Die gegen die Anwendbarkeit des § 278 vorgebrachten Gründe werden später (III) widerlegt. Vergl. besonders die Ausführungen am Ende des III. Abschnittes.

Eine eingehende Untersuchung hat Lehmann[1]) dem Problem zuteil werden lassen. Er trennt grundsätzlich selbständige und unselbständige Unterlassungspflichten. Was die selbständigen anbetrifft[2]), so geht auch er davon aus, daß die Unterlassungsverbindlichkeit eine **höchspersönliche** Leistung zum Inhalt habe. An eine Bewirkung der Leistung durch einen Dritten lasse sich nur denken, wenn der Obligationszweck durch das Handeln einer anderen Person, wie der des Schuldners gleich günstig und vollständig erreichbar sei, also wenn der Dritte an Stelle des Schuldners das Verhalten beobachten könne, was vom Schuldner beobachtet als Pflichterfüllung erscheinen würde.

„Das ist nur bei der positiven Verbindlichkeit möglich", fährt Lehmann[3]) fort, „nicht aber bei der negativen. Der Schuldner der positiven Verbindlichkeit kann sich, wenn er nicht erfüllen will, stets neutral gegenüber dem Obligationszweck verhalten: Er handelt einfach dem Zwecke nicht zuwider, sondern bleibt völlig passiv und fördert andere nicht kollidierende Interessen. Dadurch setzt er einen Dritten in die Lage, **anstatt** seiner zur Verwirklichung des Obligationszweckes tätig zu sein. Das ist jedoch bei der negativen Leistung völlig ausgeschlossen. Der Schuldner hat nur zwei Alternativen: entweder er unterläßt die fragliche Handlung und erfüllt eben **selbst**, oder er handelt zuwider. Mithin ist undenkbar, daß ein Dritter **anstatt** des Schuldners unterlassen kann; er kann nur **neben** diesem unterlassen, also niemals **für** ihn leisten. Die Unterlassung läßt sich als passives Verhalten niemals von der Person des Schuldners lösen."

Daraus folgert Lehmann, daß § 278 BGB. bei Unterlassungspflichten kein Anwendungsgebiet finde.

Er verkennt jedoch nicht, daß in den Fällen, in denen eine bestimmte Handlung im ganzen Herrschaftskreise des Schuldners unterbleiben muß, wenn der Obligationszweck erreicht werden soll, der Versprechende billigem Rechtsempfinden nach auch für schuldhafte Zuwiderhandlungen seiner Leute haften muß. Indessen meint er[4]), daß die generelle Regel des § 278 BGB. nicht passe. Eine schablonenmäßige Festlegung der schuldnerischen Haftpflicht finde bei Unterlassungspflichten keine genügende Grundlage in den tatsächlichen Verhältnissen. Eine der Billigkeit entsprechende Regelung müsse vielmehr durch eine den § 242 BGB. berücksichtigende Auslegung des Parteiwillens gefunden werden. Nachdem er[5]) auf den sehr verschiedenen Inhalt, den ein Versprechen zur Unterlassung einer objektiven Handlung haben kann, hingewiesen hat, nimmt er als typischen Parteiwillen an, daß der Schuldner außer zur eigenen Unterlassung sich verpflichte, für das

---

[1]) Lehmann a. a. O. S. 193 ff.
[2]) Bezgl. der unselbständigen Unterlassungspflichten vergl. unten unter IV, 1.
[3]) Lehmann a. a. O. ebenda.
[4]) a. a. O. S. 290.
[5]) a. a. O. S. 290/291.

Unterbleiben der Handlung Sorge zu tragen und für schuldhafte Zuwiderhandlungen Dritter einzustehen. Diese Annahme begründet er[1]) folgendermaßen: Bei negativen Leistungsversprechen würde stets — von besonderer Vereinbarung abgesehen — ein bestimmter Erfolg, nämlich die Nichtvornahme der Handlung im Herrschaftskreise des Schuldners, versprochen. Hier passe darum die an der römischen locatio conductio operis entwickelte **Erfolgstheorie**, wenn man diese Theorie auch nicht dazu benutzen könne, der Gehilfenhaftung eine allgemeine Basis zu geben. Für Unterlassungsverbindlichkeiten treffe die Formulierung von Enneccerus zu: „Wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde sorgfältige Leistung".

Die Haftung des Schuldners für Zuwiderhandlungen sei also in gleichem Umfange wie die gesetzliche Haftung des Schuldners für seine Gehilfen anzuerkennen. Aber sie bestehe nicht ex lege, sondern ex contractu.

Nach Lehmann steckt somit in jeder Unterlassungsverbindlichkeit von vornherein eine Zusage fremder Leistung, „ein Vertrag zu Lasten Dritter"[2]). Den Kreis der Personen, für den der Schuldner haftet, bestimmt er, da § 278 BGB. keine Handhabe biete, nach Treu und Glauben. Demnach hafte der Schuldner für die Unterlassung der Personen, „denen er die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet hat"[3]).

Der Ansicht Lehmanns, nach der sich eine Haftung des Schuldners in allen Fällen, in denen sie als billig erscheint, auch ohne die Heranziehung des § 278 BGB. begründen lassen soll, kann nicht zugestimmt werden. Seine allgemein für Zweifelsfälle gegebene Auslegung trifft in der Regel gar nicht zu. Denn gewöhnlich wird der Schuldner nicht die Absicht haben — und sie dann auch nicht stillschweigend erklären — für Zuwiderhandlungen des von Lehmann abgegrenzten Personenkreises zu haften[4]). Die Auslegung des Parteiwillens darf aber nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen[5]). Es geht also nicht an, jedem Leistungsversprechen ein Versprechen zur Leistung Dritter unterzuschieben. Wenn jedesmal der Wille der Parteien erforscht werden müßte, würde sich auch leicht eine große Unsicherheit im Rechtsverkehr einstellen. Im übrigen beweist, was Béranger[6]) zu Recht hervorhebt, gerade die völlige Anpassung an § 278 BGB. das Gekünstelte der Lehre Lehmanns.

---

[1]) a. a. O. S. 291/292.

[2]) So Lehmann: a. a. O. S. 195.

[3]) Lehmann: a. a. O. S. 293.

[4]) So wohl auch Stephan: a. a. O. S. 125 f.; Beranger: a. a. O. S. 110.

[5]) So mit Recht Krier: a. a. O. S. 6 unter Berufung auf zwei RGE. Warn. 1916. S. 247 und RGEZ. Bd. 87 S. 213.

[6]) Béranger: a. a. O. S. 108. Auf die übrigen Argumente Bérangers gegen Lehmann wird zweckmäßig erst bei der Besprechung der eigenen Ansicht Bérangers eingegangen, da er seine Ansicht für die Anwendbarkeit des § 278 auf Unterlassungspflichten durch die Ablehnung der von Lehmann gegen die Anwendbarkeit des § 278 vorgebrachten Einwände zu begründen versucht.

Gegen die Konstruktion Lehmanns wendet sich auch Stephan[1]). Zwar ist er mit jenem einig in der Ablehnung des § 278 BGB. und begründet dies ebenfalls mit der höchstpersönlichen Natur der Unterlassungspflichten. Er meint, hinzukomme noch, daß bei Unterlassungspflichten die Zuwiderhandlung des Dritten nicht Erfüllung, sondern das gerade Gegenteil davon sei (!). Dagegen lehnt er die Begründung der Haftpflicht durch ein Versprechen fremder Leistung ab[2]). Er meint vielmehr, daß sich der Schuldner bei Abschluß des Vertrages nur zu **eigener** Leistung verpflichte, nämlich abgesehen von der Unterlassungspflicht zur positiven Sorge dafür, daß Rechtsverletzungen in dem Personenkreise, dem er die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet habe, unterbleiben. Dabei führe eine vernünftige Auslegung zu dem Ergebnisse, daß der Schuldner nur die Pflicht übernehme, schuldhafte, nicht auch zufällige Verstöße gegen die Unterlassungspflicht zu verhüten (!). Diese Auslegung entspreche nicht nur dem natürlichen Rechtsgefühl, sondern auch dem Sinne des Gesetzes, „das eine Haftung für Zufall überall nur da voraussetzt, wo sie entweder im Gesetz selbst verlangt oder von den Parteien vereinbart ist". Stephan schließt im Anschluß hieran mit dem Satze: „Es ergibt sich also das Resultat, daß Rechtsverletzungen Dritter, welche der Verhütungspflicht des Schuldners unterstehen, nur dann eine Unterlassungsklage gegen den Schuldner erzeugen", — d. h. allgemeiner ausgedrückt: die Haftung des Schuldners eintreten lassen —, „wenn sie von diesem Dritten vorsätzlich oder fahrlässig verübt worden sind".

Die Widersprüche, in die Stephan sich verwickelt, liegen so klar zu Tage, daß es besonderer Widerlegung kaum bedarf. Zunächst ist es durchaus unverständlich, warum der Schuldner, der in der Lage ist, eine zufällige Vereitelung des Obligationszweckes durch einen Dritten zu verhüten, nicht dazu verpflichtet sein soll, das zu tun. Ist nicht der Prinzipal in dem erwähnten Fall der Mindestpreisvereinbarung[3]), wenn er bemerkt, daß sein Gehilfe durch ein nicht fahrlässiges Versehen einen zu niedrigen Preis berechnet, verpflichtet, ihn darauf aufmerksam zu machen und den Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot zu verhindern?! — Ferner übersieht Stephan, daß die Haftung für Verstöße Dritter für den Schuldner in jedem Falle Zufallshaftung ist, gleich ob der Dritte schuldhaft oder schuldlos handelt. Wie in aller Welt soll man schließlich aus der positiven Pflicht, Zuwiderhandlungen sorgfältig zu **verhüten**, auf eine unbedingte Haftung des Schuldners für alle schuldhaften Zuwiderhandlungen Dritter schließen können, wie Stephan es fertigbringt? Aus

---

[1]) Stephan: a. a. O. S. 125. ff.

[2]) a. a. O. S. 126. Er weist wohl mit Recht darauf hin, daß der vertragschließende Teil, wenn er außer seiner eigenen eine fremde Leistung verspräche, wegen einer Verletzung dieser fremden Leistungspflicht auch nicht selbst der Unterlassungsklage ausgesetzt sein könne, die Unterlassungsklage müsse sich dann vielmehr gegen den Dritten wegen Nichterfüllung seiner eigenen Pflicht wenden. — Lehmann meint im Grunde auch mit dem Versprechen fremder Leistung m. E. nichts anderes als die Übernahme einer Garantie vgl. unten II, 2, aa. f.

[3]) vgl. oben S. 2.

einer Verhütungspflicht kann doch der Schuldner immer nur wegen schuldhafter Nichtverhütung verantwortlich gemacht werden[1]). Die Haftung für Dritte beruht nach der Konstruktion Stephans auf einer praesumptio iuris et de iure für ein Verschulden des Schuldners bei jedem Verstoß dritter Personen des betreffenden Kreises, ist also eine Fiktion, aber keine Begründung[2]).

Wie Stephan entscheidet sich auch Ullrich[3]) im Gegensatz zu Lehmann für das Vorliegen einer Verhütungspflicht im eben dargelegten Sinne. „Ob in der Übernahme einer solchen Verpflichtung", meint er, „ein Garantieversprechen zu erblicken ist in dem Sinne, daß der Schuldner jede Zuwiderhandlung, die trotz seiner Vorkehrung erfolgt, zu vertreten hat, muß nach Lage des einzelnen Falles und der Ansicht der Parteien entschieden werden"[4]). Grundsätzlich sei jedoch anzunehmen, daß der Schuldner nur für Verschulden Dritter hafte.

Die verschiedenen Ergebnisse Lehmanns, Stephans und Ullrichs[5]) beweisen schon zur Genüge, daß auf Grund einer außerhalb des Gesetzes (§ 278 BGB.) zu findenden Rechtsgrundlage eine sichere Entscheidung der in Rede stehenden Fälle nicht möglich ist.

2. Die Ansichten, die sich für die Anwendbarkeit des § 278 BGB. aussprechen.

Für die Anwendbarkeit des § 278 BGB. spricht sich die Mehrzahl der Kommentare und Lehrbücher aus. Doch beschränkt man sich überall darauf, dies lediglich festzustellen, ohne auf die Schwierigkeiten der Begründung einzugehen. So findet sich bei Oertmann[6]) nur der eine Satz: Daß § 278 auch bei Unterlassungspflichten zur Anwendung komme, ist zweifellos, aber in der Abgrenzung nicht immer leicht. Warneyer[7]) und Soergel[8]) sagen: § 278 ist auf Unterlassungspflichten anwendbar, wenn auch ein Dritter die verbotene Handlung vornehmen kann. Der Kommentar von Reichgerichtsräten[9]) stellt fest: Ob ein Tun oder ein Unterlassen Gegenstand der Verbindlichkeit ist, ist gleichgültig. Planck[10]), Staub[11]) und Enneccerus[12]) begnügen sich mit einem ähnlich kurzen Hinweise[13]).

---

[1]) So auch Lehmann: vgl. S. 290.

[2]) Mit einer praesumptio iuris et de iure wollte Mayer auf dem 17. Juristentag die Haftung für Dritte begründen; mit Recht wurde seine Ansicht zurückgewiesen, weil eine Fiktion keine Erklärung sei. Vgl. Verhandl. des 17. Juristentages Bd. I. S. 46 ff. u. Bd. II. S. 95 ff.

[3]) Ullrich: a. a O. S. 209 ff.

[4]) a. a. O. S. 210.

[5]) Die Beweisführung dieser Schriftsteller, soweit sie sich gegen die Anwendbarkeit des § 278 richtet, wird in anderem Zusammenhang unten III, besonders III, a, 2, bb und III, b., vgl. oben S. 18 a. E., widerlegt; vgl. oben S. 26.

[6]) Oertmann: Komm. II. S. 166. Bem. 2c. zu § 278.

[7]) Warneyer: Komm. I. § 278 Anm. IV.

[8]) Soergel: Komm. I. § 278 unter I, 1 (S. 44)

[9]) K. v. RGR. § 278 Anm. 3.

[10]) Planck: Komm. § 278 Anm. 1b.

[11]) Staub: Komm. zum HGB. I. S. 339. (Aufl. 1926.)

[12]) Enneccerus: a. a. O. § 267 Anm. 10.

[13]) Ebenso auch Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch Bd. I. 1908. Vorbem. zum 6. Abschn. Anm. 23. S. 397.

Ohne sich näher mit der Frage auseinanderzusetzen, bejahen die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten ferner Feder[1]), Lippmann[2]) und Otto Fischer[3]), die beiden letzteren anläßlich der Besprechung Lehmanns und Stephans.

Wendt[4]), — und im Anschluß an ihn Treitel[5]), — hält bei Unterlassungsverbindlichkeiten eine Ausdehnung der Bestimmung des § 278 BGB. nach Maßgabe des § 431 HGB. für zulässig und angebracht. Dann könne man sich auch über die Bedenken hinwegsetzen, die darin lägen, daß die Zuwiderhandlung nicht ein Stück Erfüllung sondern das gerade Gegenteil davon sei und daß man nicht sagen könne, der Schuldner bediene sich seiner Leute zum Zwecke der Zuwiderhandlung (!).

Wendt unterläßt jede juristische Begründung dafür, daß der Gesichtspunkt des § 431 HGB. auch bei Unterlassungspflichten allgemein zutreffe. Auch ist mit seinem Ergebnis noch nicht viel gewonnen; die „Leute" des Frachtführers sind die Personen, die für ihn Arbeit leisten; welches sollen aber die Leute eines zu einer Unterlassung Verpflichteten sein? Wendt hat übrigens vornehmlich nur die Fälle der sekundären Unterlassungspflicht bei Miete, Pacht und Leihe im Auge[6]).

Eingehender wird die Frage von Béranger[7]) behandelt. Er hält den § 278 BGB. für direkt anwendbar[8]]. Man dürfe, führt er aus[9]], nur dann eine Vorschrift von der Anwendbarkeit auf Unterlassungspflichten ausschließen, wenn der Tatbestand, den die betreffende Vorschrift decke, bei Unterlassungspflichten tatsächlich nicht in Frage kommen könne, wie es teilweise bei den §§ 420 ff. BGB. zutreffe. Da ein solcher Gesichtspunkt bei § 278 BGB. ausscheide (!), sei eine besondere Begründung für die Anwendbarkeit auf Unterlassungspflichten überflüssig, vielmehr müsse, wer sie ablehne, für seine Meinung den Gegenbeweis führen. Béranger[10]) wendet sich dann gegen die von Lehmann[11]) vorgebrachten Einwände, jedoch mit unzureichenden Gründen. Wenn Lehmann, so meint er, anführe, daß bei negativen Verbindlichkeiten ein Dritter nie **anstatt** des Schuldners Erfüllungshandlungen vornehmen und nicht **für** ihn leisten könne, so sei demgegenüber zu sagen, daß dies bei

---

[1]) Feder: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerl. Ges.-Buch. Berlin 1902. S. 43 Anm. 4.
[2]) Lippmann: Gruch. Bd. 53, S. 449.
[3]) O. Fischer: Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 60, S. 550 ff., S. 555.
[4]) Wendt: a. a. O. S. 65 ff.
[5]) Treitel: a. a. O. S. 59 f.
[6]) vergl. seine Ausführungen S. 67.
[7]) Béranger: a. a. O. S. 102 ff.
[8]) ebenso ohne näheres Eingehen Jacobsohn: a. a. O. S. 10.
[9]) Béranger: a. a. O. S. 105.
[10]) Béranger: a. a. O. S. 106 ff.
[11]) Vgl. S. 22, Anm. 6.

positiven Verbindlichkeiten genau so der Fall sei. Auch hier brauche der Gehilfe nicht anstatt des Schuldners zu handeln, sondern nur einen **Teil** der Erfüllungshandlung vorzunehmen. „Keineswegs", fährt er fort, „handelt der Gehilfe bei der positiven Obligation „anstatt" des Schuldners, sondern was er handelt, handelt er **auch** in der Person des Schuldners. In der Person des Schuldners treten die Folgen ein, ihm ist Vorsatz und Fahrlässigkeit des Gehilfen anzurechnen". „Anstatt" sei ein gänzlich falscher Ausdruck, beide Male handele im Grunde auch der Schuldner.

Béranger sieht die Vorgänge ganz von der Seite ihrer **rechtlichen** Wirkung her. Für das Recht bedeutet allerdings das Verhalten des Gehilfen dasselbe, als hätte der Schuldner gehandelt, im Rechtssinne handelt im Gehilfen der Schuldner selbst. Dagegen will Lehmann auf etwas ganz anderes hinaus. Er betrachtet die Vorgänge von der rein **tatsächlichen** Seite. Wenn ein Anstreicher sich zum Tapezieren einer Wohnung verpflichtet hat, so besteht die Erfüllungstätigkeit eben im Tapezieren der einzelnen Räume. Läßt der Schuldner einen Raum durch seinen Gehilfen tapezieren, so nimmt dieser einen **Teil** der Erfüllungstätigkeit vor und zwar anstatt des Schuldners; denn hätte er es nicht getan, so hätte der Schuldner es tun müssen. Bei den Unterlassungspflichten besteht das Erfüllungsverhalten in dem Untätigsein in bestimmter Richtung, das evtl. einen Willensentschluß voraussetzt. Wie soll der Schuldner, rein tatsächlich gesehen, einen Teil dieses Verhaltens von einem Dritten erfüllen lassen?! Wenn er einen anderen anweist, die verbotene Handlung nicht vorzunehmen, so wird ihm dadurch auch nicht ein noch so kleiner Teil des ihm auferlegten Verhaltens abgenommen! Er muß sich genau so verhalten wie vorher, wenn anders er nicht gegen seine Pflicht verstoßen will. Insoweit ist es richtig, was Kleineidam[1]) sagt: Bei positiven Verbindlichkeiten **ersetzt** das Tun des Gehilfen das des Schuldners, was der Geselle tapeziert, braucht der Meister nicht mehr zu tapezieren. Aber das Unterlassen einer anderen, vom Schuldner dazu angewiesenen Person kann niemals das des Schuldners ersetzen, der Schuldner muß **auch** unterlassen, der Gehilfe handelt nur **neben** ihm! Liegt z. B. einem Rechtsanwalt eine Schweigepflicht ob, und bringen es die Umstände mit sich, daß er seinem Bürovorsteher, der ihn vertreten soll, Mitteilung von der betr. Angelegenheit machen muß — und in diesem Falle auch darf — so wird dieser nicht sein Erfüllungsgehilfe in dem Sinne, daß nun der Bürovorsteher **statt** des Rechtsanwalts schweigen müßte, sondern **beide** müssen schweigen, die Pflicht hat sich nicht geteilt, sondern sich vervielfältigt[2]).

Die Ausführungen Bérangers sind somit abwegig, sie treffen die Argumente Lehmanns nicht, sondern bewegen sich an ihnen vorbei. Seine Behauptung, daß die Tatbestände von Unterlassungspflichten, in denen eine Haftung des Schuldners für Dritte am Platze ist, sich mit der Vorschrift des § 278 BGB. deckten, ist also unrichtig.

---

[1]) Kleineidam: S. 12.
[2]) vergl. dazu oben S. 17.

In diesem Zusammenhang ist zweckmäßig die Auffassung der **Rechtsprechung** zu erörtern, da gegen sie zum Teil dieselben Gründe zutreffen, wie gegen die Ansicht Bérangers.

Das Reichsgericht hat sich bekanntlich in zwei viel zitierten Entscheidungen[1]) **für** die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten erklärt. Schon in dem Wortlaut der Entscheidungsgründe spiegeln sich jedoch die Bedenken wider, mit denen die Urteilsverfasser wohl gekämpft haben. Sie lassen es sehr an Klarheit und Bestimmtheit der Stellungnahme mangeln.

In RGEZ 63, 116 heißt es, daß § 278 BGB. dann anwendbar sei, wenn die verbotene Handlung auch von einem Dritten vorgenommen werden könne: „**Es lasse sich schon sagen,** daß man sich zur Erfüllung einer Unterlassungsverbindlichkeit einer dritten Person bediene". Im damals entschiedenen Fall handelte es sich darum, daß vom Schuldner Sanatogen nicht unter einem vereinbarten Mindestpreise abgesetzt werden und darum auf Sanatogen auch keine Rabattmarken ausgegeben werden durften. Das RG meint nun, da die Verbindlichkeit gerade beim Verkauf des Sanatogen zu erfüllen gewesen sei, bediene sich der Schuldner **der** Person zur Erfüllung, die er mit dem Verkauf beauftragt und gleichzeitig von dem Verbot in Kenntnis gesetzt habe.

Der RGE 79, 37 lag der Fall zu Grunde, daß einem Molkereibesitzer der Milchbezug aus einem bestimmten Bezirke vertraglich verboten war. In der Urteilsbegründung macht das RG gegenüber der früheren Entscheidung eine — jedoch höchst unklare und unsichere — Einschränkung: „Für die Annahme, daß der Schuldner sich eines anderen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit, sei es zum Tun, sei es zum Unterlassen, bedient, ist stets notwendige Voraussetzung, daß sowohl die Gehilfenschaft, als auch der Umstand, daß der Schuldner sich des andern „bediene" **irgendwie deutlich in die Erscheinung trete".** Das werde bei Unterlassungspflichten vornehmlich der Fall sein in Ansehung der Angehörigen des Schuldners, im vorliegenden Falle also des Gesindes des Beklagten oder seiner Ehefrau oder der Person, die er etwa als Vermittler in Milchkäufen benutze.

Auch das RG glaubt somit, den § 278 BGB. direkt anwenden zu können. Seine Ansicht läuft darauf hinaus, das Verhalten eines Dritten dann als Erfüllungsgehilfenschaft gelten zu lassen, wenn es äußerlich in die Erscheinung tritt, denn es muß ja **zunächst überhaupt** in die Erscheinung treten, wenn es als **Erfüllungsgehilfenschaft** äußerlich erkennbar sein soll. Das bedeutet aber, wie sich aus dem Wortlaut der beiden Urteilsbegründungen schließen läßt, nichts anderes, als daß § 278 BGB. nur anwendbar sein soll in Fällen, in denen die Unterlassungspflicht vom Schuldner gelegentlich der Vornahme irgend welcher **positiven** Handlungen zu beobachten ist[2]). In den zahlreichen Fällen

---

[1]) RGEZ 63, 116; 79, 37.

[2]) Ähnlich eine Bemerkung **Brodmanns**: Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB, insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers. Iherings Jahrb. Bd. 58, S. 187 ff., S. 253.

aber, wo das nicht der Fall ist, wie z. B. in dem erwähnten Fall der Schweigepflicht des Rechtsanwalts oder im Falle irgend welcher Duldungspflichten, könnte eine Haftung aus § 278 BGB. demnach nicht begründet werden.

Das RG ist offenbar der Auffassung, daß in den Fällen, wie in den von ihm entschiedenen, die dritte Person, welche die Handlung vornimmt, gelegentlich welcher die Unterlassung zu beobachten war, damit einen Teil der Unterlassungspflicht des Schuldners erfüllt.

Wenn der Molkereibesitzer (M) sich verpflichtet hatte, aus dem Bezirke X keine Milch zu beziehen, so erfüllt also nach Ansicht des RG sein Prokurist (P) einen Teil der Unterlassungspflicht, wenn er aus einem anderen Bezirke für M. Milch einkauft, denn sobald P. das Geschäft abschließt, kann der Schuldner M., was die von P. angekaufte Milch angeht, der Verbindlichkeit nicht mehr zuwiderhandeln; P. hat an Stelle des M. ein Stück der Unterlassungspflicht erfüllt! — So scheint es; aber der Schein trügt! Der Vertrag, den P. z. B. über 100 Liter Milch aus dem Bezirk Y abschließt, ist gar nicht Erfüllung der Verpflichtung des M., auch nicht zu einem Teil, denn der Umfang der geschuldeten Unterlassung wird durch ihn nicht im geringsten vermindert. Kann doch M. im selben Zeitpunkte, in dem P., des Verbotes eingedenk, aus dem Bezirk Y Milch ankauft, ein Geschäft über Milchlieferung mit einem Produzenten des verbotenen Bezirks X abschließen. Es kommt nun, und darin liegt der Kern der Sache, gar nicht darauf an, wieviel Milch positiv aus anderen Bezirken gekauft, sondern allein darauf, daß nicht aus dem Bezirk X gekauft wird. M. oder P. können 1000 Liter auswärts ankaufen und 100 Liter in X: Daß er die 1000 Liter anderwärts gekauft hat, bedeutet keineswegs Erfüllung der Unterlassungspflicht. Das geht schon daraus hervor, daß M., mag P. aus erlaubten Bezirken noch soviel ankaufen, immer noch die Möglichkeit bleibt, das gesamte Aufkommen des verbotenen Bezirkes aufzukaufen. Damit steht aber fest, daß durch das Verhalten des Gehilfen P. die Unterlassungspflicht des M. auch nicht zum geringsten Teil erfüllt wird. Eben darin, daß trotz des Bezuges aus erlaubten Ortschaften die Möglichkeit, nebenher noch aus dem verbotenen Bezirke beliebig viel anzukaufen, erhalten bleibt, drückt sich die Unmöglichkeit aus, die Unterlassungspflicht durch einen Dritten erfüllen zu lassen[1]).

Es bleibt also bei dem, was gegen Béranger[2]) angeführt worden ist. Die Sachlage ist bei positiven und negativen Verbindlichkeiten grundsätzlich verschieden, und eine Erfüllungsgehilfenschaft und demnach die direkte Anwendung des § 278 BGB. kommen nicht in Betracht. Im übrigen hat das RG es auch an jeder näheren Begründung seiner

---

[1]) Auf die Erfüllung der Verbindlichkeit kann ein Dritter nur insofern Einfluß gewinnen, als er z. B. etwa auf Wunsch des Schuldners seinerseits die Milch des dem Schuldner verbotenen Bezirks aufkauft. Aber das ist, wie schon betont (vergl. S. 18 zu Anm. 3), nicht der von § 278 BGB. gemeinte Tatbestand.

[2]) Vergl. oben S. 26 ff.

Ansicht fehlen lassen und ist in der Literatur auf zahlreichen Widerspruch gestoßen[1]).

Zum Schluß dieses Abschnitts müssen wir uns noch mit den Ausführungen Kriers[2]), der bisher als einziger die „Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten" zum Gegenstand einer Einzeluntersuchung gemacht hat, auseinandersetzen. Auch er vertritt die Ansicht, daß sich die Haftung aus dem § 278 BGB. selbst herleiten lasse. Über sprachliche Schwierigkeiten dürfe man nicht stolpern, sondern müsse auf den Grundgedanken der Bestimmung eingehen. Dieser aber sei in der bekannten Theorie von Enneccerus[3]) zum Ausdruck gelangt:

> „Wer eigene Leistung schuldet, schuldet eigene sorgfältige Leistung; wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde sorgfältige Leistung."

Im Anschluß hieran lasse sich für Unterlassungspflichten die Formel[4]) aufstellen:

> „Wer eine Unterlassung schuldet, schuldet sorgfältige Vermeidung der ihm untersagten Handlung; er haftet daher auch für die Sorgfalt der Personen, die mit seinem Willen die Handlung vermeiden sollen".

Erfüllungsgehilfe einer Unterlassungpflicht sei,[5]) „wer mit Willen des Schuldners in der Lage ist, die verbotene Handlung vorzunehmen".

Das Ergebnis Kriers erscheint in der Formulierung, in der er es zum Ausdruck bringt, reichlich unklar und unbestimmt. Dazu liegt aber auch in seinen eigenen Ausführungen ein Widerspruch insofern, als er einmal sagt, der Schuldner hafte für die Personen, die mit seinem Willen die Handlung vermeiden sollen und dann später als Erfüllungsgehilfen einen ganz anderen Personenkreis bezeichnet, nämlich diejenigen, die mit Willen des Schuldners in der Lage sind, zuwiderzuhandeln. Wer soll nun aber nicht alles mit Willen des Schuldners die Handlung vermeiden? Im Grunde doch wohl jede andere Person! Auch kann man daran zweifeln, ob nicht, was z. B. einen Fall der sek. Unterlassungspflichten, die Krier den primären gleichbehandelt, angeht, der Gassenjunge ebensowohl mit Willen des Mieters in der Lage ist, ein Fenster der Mietwohnung einzuwerfen, wie die Hausangehörigen des Mieters. Zweifellos will jedoch Krier den Gassenjungen nicht als Erfüllungsgehilfen des Mieters ansehen.

Doch abgesehen von diesem mehr äußerlichen Mangel kann Krier deshalb nicht zugestimmt werden, weil die Begründung seiner Ansicht nicht haltbar ist. Im Anschluß an Enneccerus stellt er einen Syllogismus als **Grundgedanken** des § 278 BGB. hin, der in Wirklichkeit nur

---

[1]) Vgl. z. B. Stephan S. 215. f.
[2]) Krier: a. a. O. S. 12 ff.
[3]) Enneccerus: Verhandl. des 17. Jur. Tages II. S. 95 ff.; Lehrbuch I, 2. § 267 I, 1. (S. 142.)
[4]) Krier: a. a. O. S. 22.
[5]) Krier: a. a. O. S. 24.

eine Umschreibung der in diesem Paragraphen zum Ausdruck gelangten Gesetzesregel bildet[1]).

Denn wenn man aus dem Wesen des Schuldverhältnisses Schlüsse für das geltende Recht ziehen will, so hat man natürlich auch das Schuldverhältnis des geltenden positiven Rechts zu Grunde zu legen[2]). Der Begriff desselben ergibt sich aber in der Hauptsache aus einer Zusammenstellung der §§ 241, 276 und 278 BGB.[3]) § 278 BGB. spricht nun aber schon, wenn auch in etwas anderer Formulierung, aus, daß derjenige, der eine fremde Leistung schuldet, fremde sorgfältige Leistung schuldet. Krier schließt also aus § 278 BGB. auf § 278 BGB. und läßt sich eine petitio principii zu Schulden kommen.

Die Haftung für Erfüllungsgehilfen ist also nach dem Recht des BGB. freilich wesentliches Merkmal des Schuldverhältnisses. Sieht man aber einmal von dem § 278 BGB. ab, nimmt man einmal an, er bestände gar nicht, so ergäbe sich aus dem Wesen der Obligation nur die Haftung für eigene Schuld, da dann ausschließlich die §§ 241 und 276 BGB. den Begriff derselben ausmachen würden. Wäre es anders, würde auch ohne den § 278 BGB. die Haftung für Dritte dem Schuldverhältnis wesentlich sein, so hätte § 278 BGB. nur deklaratorische Bedeutung, d. h. er wäre überflüssig.

Krier widerlegt sich übrigens selbst. Er führt nämlich aus[4]), daß durch den § 278 BGB das Leistungsversprechen dahin **„erweitert"** werde, wie es von den Parteien vernünftigerweise gewollt sein würde. Eine Regel, die sich aus dem Wesen des Schuldverhältnisses ergibt, kann aber niemals eine Erweiterung desselben sein; sie ist eben schon mit ihm gegeben.

Daß Kriers „Grundgedanke" in Wirklichkeit gar nicht ein solcher sein kann, ergibt auch eine andere Überlegung. Die „ratio" des Gesetzes soll über das „Warum" und „Wozu" einer Vorschrift Aufschluß geben. Der angebliche Grundgedanke: Wer fremde Leistung schuldet usw. enthält aber keine Antwort auf diese Fragen. Es gilt ja gerade zu ergründen, weshalb man, wenn man fremde Leistung schuldet, fremde sorgfältige Leistung schuldet, d. h. für Verschulden des Fremden zu haften hat! Also ist unschwer zu erkennen, daß Kriers Theorie keine mögliche ratio, sondern nur eine andere Formulierung des Gesetzesinhaltes bedeutet.

Für das gemeine Recht ließe sich die von Enneccerus begründete und von Krier übernommene Theorie allenfalls rechtfertigen.

Damals gab es keine positive gesetzliche Vorschrift, die die Haftung für Verschulden Dritter aussprach. Das Bestreben ging darum

---

[1]) Ähnlich Feder: a. a. O. S. 31 Anm. 1.
[2]) Ähnlich Karl Fischer: a. a O. S. 55.
[3]) Man darf das Wesen der Obligation nicht mit ihrem Zweck verwechseln. Wenn auch der Zweck die Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers ist, so ergibt sich doch daraus noch nicht, in welchem Umfange die Erreichung dieses Zweckes rechtlich gesichert ist.
[4]) Krier: a. a. O. S. 19.

nur dahin, zu begründen, daß der Schuldner für seine Gehilfen haften müsse, und um den Gegensatz zwischen dem Bedürfnis des täglichen Lebens und dem positiven Rechte auszugleichen, suchte man nach einer allgemeinen Theorie, aus der man einen Rechtssatz, der den Anforderungen des Verkehrs entsprach, ableiten konnte. So konnte man[1]) dazu kommen, aus dem Wesen der Obligation, wie es sich aus rein spekulativen und dem Rechtsempfinden entsprechenden Erwägungen ergab, einen Schluß auf die Notwendigkeit der Haftung zu folgern.

Heute aber, wo die Haftung in § 278 BGB. gesetzlich ausgesprochen ist, also ein Gegensatz zwischen den Anforderungen des Verkehrs und dem positiven Recht nicht mehr besteht, interessiert nicht mehr das „Daß" der Haftung, sondern das „Warum". Aufschluß darüber können aber nicht abstrakt-logische Erörterungen geben, sondern vielmehr eine vorwiegend empirisch begründete Darlegung der wirtschaftlichen und sozialen Notwendigkeit und Billigkeit der Vorschrift des § 278 BGB.

Dafür, daß die Theorie von Enneccerus für das Bürgerliche Recht untauglich ist, spricht aber auch, daß ihr der von Hartmann[2]) aufgestellte Begriff der Obligation zu Grunde liegt, der nicht als richtig anerkannt werden kann[3]). Das Wesen des Schuldverhältnisses erschöpft sich nicht in einem Einstehen für die Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers. Zu dem solchermaßen ausgedrückten Zweckmoment der Obligation muß noch das Verpflichtungsmoment hinzukommen. Enneccerus schließt: Da der Schuldner für die Befriedigung des Privatinteresses des Gläubigers einzustehen hat, haftet er nicht nur für seine eigenen, sondern auch für fremde Handlungen, die mit seinem Willen zu diesem Zwecke erfolgen. So geht notwendig das Wesen des Schuldverhältnisses ganz in der Haftung auf, der primäre Verpflichtungsinhalt, der es nur mit der Geistes- und Willensanspannung des Schuldners zu tun hat, wird ganz vernachlässigt[4]).

Im Schrifttum ist zuerst von Windscheid[5]) gegen die Beweisführung von Enneccerus[6]) Widerspruch erhoben worden: Der Schuldner verspreche nicht eine fremde Handlung, sondern die Bewirkung einer

---

[1]) Vgl. Enneccerus: in Verhandlungen des 17. Juristentages (1884), Bd. II. S. 95 — 116.

[2]) Hartmann: Die Obligation 1875. S. S. 31, 37, 272.

[3]) vergl. dazu unten III, a, 1, aa. Gegen Hartmann: Kretschmar: Die Erfüllung. Leipzig 1906. S. 124 ff. Boehmer: Der Erfüllungswille. München 1910. S. 5, 17, 55. Ryck: Die Obligatio. Leipzig 1878. S. 14 ff.; v. Schey: Über die Struktur der Forderungsrechte. Grünhuts Zeitschr. Bd. 9, S. 344 ff.; S 378.

[4]) Gegen Enneccerus vergl. auch Scheuermann: Die Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen. Diss. Straßburg 1913. S. 20.; Karl Fischer: a. a. O. S 55.

[5]) Windscheid: Lehrbuch der Pandekten. II § 401 Anm. 5.

[6]) Enneccerus haben sich angeschlossen: Blau: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. Berlin 1902. S. 46 und Staudinger: II, 1, S. 153.

solchen, also Sorgfalt in der Bewirkung[1]). Der Einwand Windscheids ist in dieser Form unbegründet und darum mit Recht von Enneccerus[2]) zurückgewiesen worden. Der Schuldner verspricht sehr wohl eine Leistung schlechthin, einen Erfolg, nicht nur die sorgfältige Veranlassung des Erfolges. Der Fehler liegt vielmehr darin, daß Enneccerus eine a priori vorhandene Notwendigkeit der Sanktion des Leistungsversprechens in ganz bestimmter Form annimmt. An sich könnte aber der Gesetzgeber das Leistungsversprechen z. B. auch durch die Anordnung einer unbeschränkten Garantiehaftung für das Verhalten eines evtl. zum Erfolg mitwirkenden Dritten sanktionieren. Der a priori hingestellte Schluß von Enneccerus schwebt also völlig in der Luft[3]).

Auffallend erscheint es schließlich, daß Lehmann[4]) zur Begründung seiner Ansicht ebenfalls die Formel von Enneccerus heranzieht. Er bedient sich ihrer als Auslegungsmittel für die auf Unterlassung gerichteten Verträge. Lehmann begründet die Haftung mit der Vermutung einer **stillschweigenden Garantieübernahme,** denn etwas anderes bedeutet sein „Vertrag zu Lasten Dritter" in Wirklichkeit nicht. Der Unterschied seiner Lehre und des „Prinzips der Haftung für unpersönliche Schuld", wie man die Theorie von Enneccerus genannt hat, ist im Grunde der, daß die letztere Ansicht die Auslegungsregel Lehmanns im § 278 BGB. legalisiert sieht, was aber nichts anderes besagt, als daß dem § 278 BGB. der Gedanke der Garantieübernahme zu Grunde liege.

---

[1]) Ebenso Unger: Handeln auf fremde Gefahr. Iherings Jahrb. 33. S. 299 ff., S. 354 No. 4.; Conradi: Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. S. 59; Nußbaum: Die Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB. Berlin 1898. S. 47 Anm. 2.; Redlich: Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Diss. Greifswald 1901. S. 41

[2]) Enneccerus: Lehrbuch II, 1. . § 267 Anm. 4.

[3]) Gegen die Theorie von Enneccerus haben sich außer den eben Genannten ausgesprochen: Wüstendörfer: § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches im Lichte des römischen Rechts. Diss. Straßburg 1897. S. 39. Er lehnt, wie es hier geschehen ist, ebenfalls Windscheid ab. Asmis: Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Diss. Greifswald 1900. S. 41; Hoffmann: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Diss. Freiburg 1902. S. 61 ; v. Schwartz: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Leipzig 1906. S. 11; Scheuermann: a. a. O. S. 21; Ostwald: Der Erfüllungsdiener. Berlin 1920. S. 21 f.; Krier: (S. 19) meint, daß das RG sich der Ansicht von Enneccerus angeschlossen habe. Aus den beiden Entscheidungen des RG, auf die er sich beruft, nämlich RGEZ Bd. 78 S. 240 und JW. 1915, 240 ist das aber m. E. nicht ersichtlich. Das RG. führt aus, § 278 beruhe auf dem Rechtsgedanken, „daß, wer selbst eine Leistung schuldet, die er mit der erforderlichen Sorgfalt zu bewirken hat, dann, wenn er hierzu einen Gehilfen verwendet, für die Leistung des Gehilfen einstehen muß, und daß ebenso der andere, dem gegenüber die Leistung zu bewirken ist, nicht schlechter gestellt sein darf, weil der Gegner sie nicht selbst ausführt, sondern sie einem Gehilfen übertragen hat". Hier ist vom Schulden fremder Leistung so wenig wie vom Schulden fremder Sorgfalt die Rede.

[4]) Vergl. oben S. 22 und Lehmann: S. 291 f.

Nur wenn man ihr dergestalt auf den Grund geht, bildet die Formel von Enneccerus eine mögliche ratio.

Allerdings will dieser seine Theorie nicht mit der allgemein abgelehnten Theorie der stillschweigenden Garantieübernahme gleichgesetzt wissen. Er sagt, rein abstrakt genommen, gehöre zum Schuldverhältnisse die Garantie für Verschulden der Gehilfen, während jene andere Ansicht lautet, im konkreten Falle übernehme der Schuldner nach Treu und Glauben die Garantie, und diese allgemeine Übung habe der Gesetzgeber, um Zweifel zu verhüten, zur positiven Rechtsvorschrift erhoben.[1])

Daß das Prinzip der Haftung für unpersönliche Schuld, wenn man es als mögliche ratio des § 278 ansehen soll, identisch ist mit der Garantieübernahmetheorie, ergibt sich auch unzweideutig aus Äußerungen von Anhängern von Enneccerus. So heißt es bei Breitenstein[2]), seine Theorie werde durch die Motive bestätigt, und er führt dann die Stelle über die stillschweigende Garantieübernahme an[3]).

Die Form, in der Krier[4]) seine Anschauung gegenüber der Meinung Lehmanns begründet, scheint darauf hinzudeuten, daß ihm auch diese Theorie der stillschweigenden Garantieübernahme vorgeschwebt hat.

Im übrigen unterläßt Krier es, die von ihm durchgeführte Gleichbehandlung von selbständigen und unselbständigen Unterlassungspflichten juristisch zu rechtfertigen. Auch geht er auf den Haupteinwand gegen die Erfüllbarkeit der Unterlassungspflichten, nämlich den häufigen Mangel des animus solvendi nicht ein. Er setzt sich ferner mit den Argumenten Lehmanns gegen die Anwendbarkeit des § 278 BGB. nicht auseinander, besonders nicht mit dem Einwand, daß die Unterlassungspflicht nur vom Schuldner selbst erfüllt werden kann, daß also die Unterlassung eines andern gar nicht Erfüllung der dem Schuldner auferlegten Pflicht bedeutet.

Krier sieht die Schwierigkeiten allein in der Ausdrucksweise des Gesetzes: „Zur Erfüllung bedient". In Wirklichkeit beruhen sie aber auf der Eigenart der Unterlassungspflichten.

---

[1]) So die Motive Bd. II S. 30.

[2]) Breitenstein: Haftung für fremdes Verschulden nach dem BGB. Diss. Leipzig 1903. S. 22.

[3]) Breitenstein a. a. O. S. 19.

[4]) Vergl a. a. O. S. 19.

III. Begründung der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 278 auf Unterlassungspflichten.

Die Stellung des Erfüllungsgehilfen im System der Obligation und deren Erfüllung und die ratio des § 278.

a) Logisch-dogmatischer Beweis.

1.) Grundbegriffe zur Erkenntnis der Stellung des Erfüllungsgehilfen im Recht der Obligation.

Aus dem im vorstehenden gewonnenen Überblick über die in der Literatur vertretenen Ansichten ist zu erkennen, daß es den Schriftstellern, die sich mit der Frage der Haftung für dritte Personen bei Unterlassungspflichten beschäftigt haben, nicht gelungen ist, außerhalb des § 278 BGB. eine den Anforderungen der Billigkeit und der Rechtssicherheit genügende Lösung zu finden. Aber auch die vereinzelten Versuche, die Verantwortlichkeit auch in diesen Fällen aus dem § 278 BGB. zu begründen, sind mißglückt. Man hat nämlich bisher die Eigenart der Unterlassungspflichten und die durch das Wesen dieser Pflichten bedingten Besonderheiten im Erfüllungstatbestande einerseits und in der Art und Weise, in der Dritte Einfluß auf die Obligation, insbesondere die Erreichung des Obligationszweckes gewinnen können, andererseits, zu wenig berücksichtigt. Im folgenden sollen darum diese Vorgänge eine eingehende Untersuchung erfahren. Vorbedingung dafür ist aber eine klare Vorstellung über den Inhalt und Aufbau des Schuldverhältnisses und des Erfüllungsvorganges überhaupt. Darum wollen wir zunächst in kurzen Sätzen versuchen, die Obligation auf ihre Elemente zurückzuführen und das Wesen des Erfüllungstatbestandes zu analysieren. Im Anschluß daran sollen Wesen und Inhalt der — selbständigen — Unterlassungsverbindlichkeit und der Erfüllungsvorgang bei Unterlassungsverbindlichkeiten geprüft werden, wobei besonders die Fragen des Erfolgsmomentes und der Notwendigkeit des animus solvendi zu untersuchen sind.

aa) Begriff und Wesen der Obligation[1]).

§ 241 BGB. lautet: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern."

Als Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses kann diese Vorschrift schon deshalb nicht gelten, weil sie einen zweiten unbekannten Begriff, nämlich den der Leistung enthält. Nur soviel ergibt sich aus ihr: Das Schuldverhältnis ist eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen zwei Personen. Damit aber hängt zusammen, daß das Recht

[1]) vergl. zum folgenden: Ryck: a. a O., insbes. S. 14 ff. und 35 ff.; v. Schey: a. a. O. S. 359 ff.; Rümelin: Obligation und Haftung, Archiv f. ziv. Prax. Bd. 68, S. 151 ff.

des Gläubigers und die Pflicht des Schuldners[1]) gleichwertige Begriffsmomente der Obligation bilden, anders also als beim absoluten Recht und den ihm korrespondierenden Pflichten, die nur als Reflexe des Rechts erscheinen.

Wie jedes subjektive Recht hat auch das Forderungsrecht den Zweck, ein Interesse am Genuß eines Gutes zu schützen. Dieses Gut — natürlich nicht nur im Sinne von körperlicher Sache, sondern von jedem Vorteil oder Wert, der Gegenstand des Rechtsverkehrs ist, — befindet sich hier aber nicht in der Hand des Berechtigten, sondern in der eines andern, nämlich des Schuldners. Darauf beruht die Besonderheit des Forderungsrechtes und das Wesen der Obligation überhaupt.

Kann der Mensch sich die Befriedigung eines Interesses selbst schaffen, da ihm das Gut, das er genießen will, schon zur Verfügung steht, so weist das aus dem Interesse entstandene Recht im Verhältnis des Rechtssubjektes zu anderen Menschen ein völlig defensives Gepräge auf. Es verlangt nur, daß man den Berechtigten im Genusse nicht störe. Durch sein bloßes Bestehen erfüllt es seinen Zweck, dem Gläubiger Sicherheit und das Bewußtsein der Sicherheit zu gewähren.

Dagegen zeigt das Recht, welches das Interesse einer Person an einem ihr nicht zu Gebote stehenden Gute schützen soll, zu dem ihm nur ein anderer — direkt oder indirekt — zu verhelfen vermag, einen aggressiven Charakter. Der Berechtigte verlangt hier nicht nur, daß andere ihn an der Befriedigung seines Interesses nicht hindern, sondern vielmehr, daß sie ihm die Befriedigung erst verschaffen helfen. Diese „fremde Hilfe zum eigenen Genuß“[2]) ist die **Leistung.**

Inhalt des Schuldverhältnisses ist also die Pflicht des Schuldners zur **Leistung** (bezw. das Recht des Gläubigers auf diese); **Zweck** desselben die **Befriedigung** eines individuellen Privatinteresses des Gläubigers. Beides zusammen macht das Wesen der Obligation aus.

Der inneren Substanz nach besteht sie in einer in bestimmter wechselseitiger Beziehung zueinander stehenden **Willenshaltung** der zwei beteiligten Subjekte, nämlich in einer Willensgebundenheit des Schuldners zur Herstellung eines gewissen Erfolges und der entsprechenden Willensmacht des Gläubigers. Der Willensmoment des Schuldverhältnisses kommt im „**Leistensollen**“ und „**Fordern-dürfen**“[3]) zum Ausdruck. Die Willensspannung bildet das Mittel zur Befriedigung eines realen Interesses des Gläubigers. Sie könnte man als das dynamische Element des Schuldverhältnisses bezeichnen. Demgegenüber steht als statisches Element das „**Bekommen**“- oder „**Habensollen**“[3]) des Gläubigers, das ist der gedachte zukünftige Zustand, in dem der Gläubiger sich entweder im Genusse des von ihm erlangten Gutes befindet, oder aber sich den Genuß durch eigene Kraft verschaffen kann; es ist der im konkreten Inhalt der Obligation sich abbildende **Zweck,** der mit der Erfüllung Wirklichkeit wird.

---

[1]) Diese passive Seite des Schuldverhältnisses wird vom Gesetz auch als „Verbindlichkeit“ bezeichnet.

[2]) v. Schey: a. a. O. S. 361

[3]) Vergl. Ryck: S. 15; Siber: Theorie S. 177 ff.

bb) Wesen der Erfüllung.

Zur **Erfüllung** gehört, wie gerade angedeutet wurde, der Eintritt des Leistungserfolges. Darüber hinaus enthält sie die Lösung des Willensbandes zwischen Gläubiger und Schuldner und damit die Tilgung der Schuld und das Ende der Obligation.

Ob diesen beiden Wirkungen der Erfüllung auch zwei gesonderte, sie auslösende Tatbestände entsprechen, ist äußerst bestritten.

Eine verbreitete Ansicht[1]) verlangt neben der realen Leistungshandlung noch die Vornahme eines besonderen Rechtsgeschäftes, sei es eines Schuldtilgungsvertrages, zwischen Schuldner und Gläubiger[2]), sei es eines einseitigen auf Erfüllung gerichteten Rechtsgeschäftes des Schuldners[3]).

Demgegenüber hat sich eine Minderheit von Schriftstellern[4]) auf den Standpunkt gestellt, daß die Erfüllung unabhängig vom Parteiwillen ipsa lege, also als gesetzliche Folge der Leistung eintrete.

Nun ist klar, daß der Tatbestand der objektiven Leistungshandlung allein noch nicht die Erfüllung ausmachen kann, denn der Erfolg kann unabhängig von der Obligation herbeigeführt werden, z. B. durch Leistung eines Dritten (§ 267 BGB.)[5]).

Dagegen erscheint mir die Frage, ob jede Vornahme der geschuldeten Tätigkeit durch den Schuldner die Erfüllung bewirken soll oder nur die vom Erfüllungswillen begleitete, weniger begrifflicher als vielmehr praktisch-wirtschaftlicher Natur zu sein. An sich würde es sich mit dem Wesen der Obligation sehr wohl vertragen, wenn die Vornahme der geschuldeten Handlung durch den Schuldner immer als Verwirklichung des Obligationsinhaltes angesehen werden müßte, sodaß also der Schuldner der Handlung keine anderen Zwecke beilegen könnte. Zwar ist es dem Schuldverhältnis wesentlich, daß es auf eine freie Handlung des Schuldners gerichtet ist, doch diesem Erfordernis ist schon dadurch genügt, daß es Sache freien Beliebens des Verpflichteten ist, ob er die reale Leistung vornehmen will oder nicht.

Wirtschaftliche und Billigkeitsgründe verlangen jedoch, daß dem Schuldner mehr Freiheit gewährt und ihm auch die Bestimmung darüber überlassen bleibt, ob eine Handlung, die objektiv der in der Obligation befindlichen entspricht, zum Zecke der Schuldtilgung erfolgen soll oder

---

[1]) Vergl. darüber die Ausführungen Boehmers: a. a. O. S. 38 ff.

[2]) Z. B. Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 9. Aufl. 1903, S. 794 ff.; weitere Literaturangaben bei Boehmer a. a. O.

[3]) Vergl. Mathiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. S. 416; Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Rechts. Bd. II. 4. Aufl. 1915, 1. Teil S. 280.

[4]) So z. B. Boehmer: a. a. o. S. 47 unter Berufung auf Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg. Iherings Jahrb. Bd. 19 S. 154 ff., S. 229 ff.; vergl. auch Oertmann: a. a. O. § 362 Anm. 4; weitere Angaben bei Boehmer: S. 38.

[5]) Dieser Fall wird nämlich richtiger Ansicht nach nicht als Erfüllung der Obligation im Sinne des § 362 BGB. angesehen. Vergl. Boehmer S. 22 und Kretschmar S. 126 ff. und unten III, a, 2, aa.

nicht. Es wäre wirtschaftlich z. B. nicht zu rechtfertigen, daß der Schuldner den mit der Obligation bezweckten Erfolg nicht auch aus Gefälligkeit oder zum Zwecke einer Schenkung herstellen könnte[1]). Unbillig würde es erscheinen, wenn der Schuldner, der sich bei der Leistung im Irrtum über die zu tilgende Schuld befand, nicht anfechten und dadurch etwa die Anrechnung der Leistung auf eine ihm lästigere inhaltlich gleiche Schuld erreichen könnte. Wenn man den Erfüllungswillen für nicht erforderlich hält, wäre natürlich auch eine Anfechtung der Erfüllung wegen Willensmangels nicht möglich. Sehr häufig würde es ferner Härten im Gefolge haben, wenn die Leistung des Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten rechtsgültige Erfüllung bedeutete[2]). Selbst dem Gläubiger könnten oft Nachteile erwachsen, wenn die Erfüllung auch ohne Tilgungswillen des Schuldners einträte; er hat z. B. in Fällen, in denen sich aus den Umständen nicht ohne weiteres ergibt, ob erfüllt ist oder nicht, ein Interesse daran, durch eine Willenskundgebung des Schuldners die Tilgung der Obligation zu erfahren.

Aus diesen **Billigkeits-** und **Zweckmäßigkeitsrücksichten** heraus muß man an dem Erfordernis des Erfüllungswillens festhalten. Er braucht nicht immer durch eine besondere Kundgebung offenbart zu werden, sondern kann sich aus den Umständen ergeben. Nicht zuzustimmen ist dagegen den Schriftstellern[3]), die den animus solvendi als einen **logisch** und **begrifflich** notwendigen Bestandteil der Erfüllung darstellen.

Das BGB. selbst hat sich in einer Reihe von Bestimmungen für die Notwendigkeit des Erfüllungswillens ausgesprochen, so besonders in § 362 Abs. 2, § 813 in Verbindung mit § 812, § 181 und § 407 BGB.

cc) Begriff und Wesen der Unterlassungsverbindlichkeit.

Streit herrscht in der Literatur darüber, ob alle eben angezeigten Elemente des Obligations- und des Erfüllungsbegriffes auch den Unterlassungsverbindlichkeiten eigen sind.

Da, wie wir gerade gesehen haben, die Erfüllung begrifflich als Verwirklichung des Inhalts der Obligation in enger systematischer Beziehung zum Wesen der Obligation steht und vom Obligationsbegriff abhängig ist[4]), wollen wir zunächst auf Inhalt und Wesen der Unterlassungsverbindlichkeit eingehen, um dann die Frage ihrer Erfüllbarkeit zu erörtern.

---

[1]) **Lehmann**: a. a. O. S. 209; **Enneccerus**: a. a. O. § 283 Anm. 8: Er bringt das Beispiel, daß der Schuldner, ohne seine Schuld zu kennen, sich dem Leistungsbefehl entsprechend verhält.

[2]) vergl. **Enneccerus**: a. a. O. § 283, I, 2 u. 3. u. Anm. 10 u. 11.

[3]) Zu ihnen ist wohl auch **Enneccerus** (a. a. O. § 283) zu rechnen Gegen diese Ansicht wendet sich zutreffend **Boehmer** a. a. O. S. 44. f., der jedoch fälschlich den Erfüllungswillen überhaupt für unnötig hält!

[4]) **Kretschmar**: a. a. O. S 123.

a) Begriff der Unterlassung.

In der Literatur ist man mehrfach zu Fehlschlüssen verleitet worden, weil man Unterlassen und Unterlassungspflicht nicht auseinander gehalten hat[1]). Natürlich wird man aber zum Verständnis der Unterlassungsverbindlichkeit nicht gelangen können, solange man sich über ihren Gegenstand nicht im klaren ist. Darum sei zunächst der Begriff des Unterlassens klargestellt.

Unterlassen ist nicht gleichbedeutend mit Untätigkeit, mit Nichtstun, vielmehr denkt man sich das Nichtstun in Beziehung auf einen bestimmten Gegenstand[2]), wenn man von Unterlassung spricht. Aber auch das reicht zur Begriffsbestimmung noch nicht aus[3]). Von A., der in seinem Leben noch nie geraucht hat, und der gerade von einer Bergtour zurückgekehrt ist, wird man nicht sagen können: A. hat auf der Bergtour das Rauchen „unterlassen". Wenn aber derselbe A. zum ersten Male an einer Kneipe teilnahm, auf der von allen Teilnehmern außer ihm sehr viel geraucht wurde, so wird man wohl sagen: Allein A. hat es unterlassen zu rauchen. Zum Begriff des Unterlassens gehört es demnach, daß die objektive Möglichkeit und eine gewisse subjektive Erwartung des gedachten, nicht vorgenommenen Tuns bestanden hat[4]), oder anders ausgedrückt: Von Unterlassen redet man nur, wo man annimmt, daß jemand gewissen **Anreizen** zum Tätigwerden in bestimmter Richtung nicht gefolgt ist. Damit ist aber erst **eine** Seite des Unterlassungsbegriffs geklärt.

Bis jetzt haben wir die Unterlassung mit den Augen des äußeren Beobachters gesehen. Vom Standpunkt der beobachteten Person selbst aus gehört zum Unterlassen, daß sie sich irgendwelcher Motive zum Tun bewußt gewesen ist, sie aber unterdrückt hat, also eine mehr oder weniger erhebliche **Willenstätigkeit.** Wer auch nicht den geringsten Impuls zu der bestimmten Tätigkeit verspürt hat, der spricht bei korrekter Redeweise nicht davon, er habe etwas unterlassen, sondern er habe etwas „nicht getan"[5]). Habe ich den Geburtstag meines Freundes nicht gekannt, dann sage ich nicht: Ich habe es unterlassen, ihn zu beglückwünschen, wohl werde ich mich so ausdrücken, wenn ich aus Bequemlichkeit mich so verhielt.

Das Ergebnis: „Unterlassen" bedeutet vom Standpunkt des äußeren Beobachters die Nichtvornahme eines bestimmten Tuns, wenn die Annahme besteht, daß gewisse Anreize zu dem Tun unterdrückt worden sind, vom Standpunkt der sich selbst beobachtenden Person: Die Nicht-

[1]) Vergl. Kretschmar: a. a. O. S. 143; Boehmer: a. a. O. S. 33; vergl. ferner auch die Darstellungen bei Paasche: S. 16 und Haensell: S. 7 ff.; auch Treitel: S. 10 f. bringt den Gegensatz der zwei Begriffe nicht scharf zum Ausdruck.

[2]) Vergl. Pagenkämper: a. a. O. S. 3; Treitel: a. a. O. S. 11.

[3]) Nicht richtig darum Pagenkämper: a. a. O. S. 3 und Treitel: S. 10.

[4]) Ebenso Lesser: Der Inhalt der Leistungspflicht, Breslau 1909. S. 18 ff.; Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrrechts, 8. Aufl. S. 105.

[5]) So auch Lesser: a. a. O. S. 18.

vornahme eines bestimmten Tuns unter Überwindung einer in irgend einem Grade vorhandenen Neigung zu diesem Tun.

ß) Die (selbständige) Unterlassungsverbindlichkeit.

Im vorstehenden ist von der Unterlassung schlechthin die Rede gewesen. Bis zum Beweise des Gegenteils ist aber anzunehmen, daß die rechtlich bedeutsame, und worauf es hier ankommt, die den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bildende Unterlassung nicht anderer Natur ist, wie das menschliche Verhalten, das man gemeinhin so bezeichnet. Dies wird in der Literatur nicht beachtet.

Die nicht unerheblichen Meinungsverschiedenheiten[1]) über die Natur der negativen Verbindlichkeiten beziehen sich im Endergebnis darauf, ob auch bei der Unterlassungsschuld eine **Willensgebundenheit** des Schuldners vorhanden ist oder nicht.

Als erster von den neueren Schriftstellern hat sich Gerber[2]) mit dem in Frage stehenden Problem befaßt. Er lehnt[3]), wie es schon in römischen Quellenstellen[4]) geschehen ist, negative Schuldverhältnisse als besondere Kategorie neben den positiven überhaupt ab. Das, was man obligationes in non faciendo nenne, sei die Verpflichtung „auf die Ausübung eines Rechts, sobald man in der Lage sein würde, selbige vorzunehmen, zu Gunsten des Forderungsberechtigten, wenn er es will, Verzicht zu leisten".

Mag dem Erklärungsversuch Gerbers auch ein richtiger Gedanke zu Grunde liegen, so ist er jedenfalls in derart mißgestalteter Form zum Ausdruck gelangt, daß seine Ansicht überall auf Ablehnung gestoßen ist. Sie setzt voraus, daß es ein allgemeines Recht zum Tun gibt, auf das man, wie auf jedes andere Recht, verzichten könnte. **Gerber** setzt also die jeder näheren Bestimmung bare freie Handlungssphäre einem Rechte gleich. Gegen ihn wenden sich besonders Unger[5]), Thon[6]), Haensell[7]), Lehmann[8]) und Stephan[9]).

---

[1]) Daß die Unterlassung überhaupt Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, wird, nachdem es im § 241 Satz 2 BGB. ausdrücklich festgestellt worden ist, nicht mehr in Abrede gestellt. Nur gegen die Form, in der das BGB. diese Feststellung zum Ausdruck bringt, wenden sich mehrere Schriftsteller (vgl. z. B. Pagenkämper a. a. O. S. 1 und 11 ff. im Anschluß an Otto Fischer (Recht und Rechtsschutz, in: Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines BGB. 1889. S. 72), indem sie bestreiten, daß das geschuldete Unterlassen als Leistung aufgefaßt werden könne. Auf diese Streitfrage ist im nächsten Abschnitt (vgl. unten III, a, 1, dd, ∝) einzugehen.

[2]) Gerber: Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast. Jena 1858.

[3]) Gerber: a. a. O. S. 37 ff.

[4]) vgl. § 7 J de verbo oblig. 3, 15, wo die obligatio in non faciendo unter die obligatio in faciendo subsumiert wird.

[5]) Unger: System des österreichischen Privatrechts Bd. II. S. 568. Anm. 31a.

[6]) Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878. S. 200, insbesondere Anm. 118

[7]) Haensell: a. a. O. S. 8 ff.

[8]) Lehmann: a. a. O. S. 21.

[9]) Stephan: a. a. O. S. 26.

Nach der von Unger[1]) und Windscheid[2]) begründeten Theorie haben positive wie negative Verbindlichkeiten in gleicher Weise eine Handlung, eine Willenstätigkeit zum Gegenstande, nur daß die Handlung im ersten Falle sich auch in der Außenwelt auswirkt, im andern Falle dagegen eine lediglich „innere Tat“[3]) darstellt. Das Wesen der Unterlassungsschuld liegt diesen Schriftstellern zufolge in einer „Willensbestimmung zur Untätigkeit“[4]).

Der Ansicht Windscheids und seiner Anhänger diametral gegenüber steht die auf Thon[5]) zurückgehende Theorie, welche erklärt, daß die negative Verbindlichkeit auf ein bloßes Nichtgeschehen, Nichttun gerichtet sei und keineswegs eine Willensanspannung des Schuldners zum Inhalt habe. Ihr Wesen erschöpfe sich vielmehr in der „Nichtveränderung eines bestehenden Zustandes“[6]).

Eine Willensbestimmung zur Untätigkeit in **dem** Sinne, daß der Schuldner während der ganzen Dauer des Schuldverhältnisses seinen Willen auf das Nichttun gerichtet halten müsse, kann natürlich nicht der Inhalt der Unterlassungsverbindlichkeit sein, da dann die Verpflichtung ins Unmögliche gesteigert wäre. Das hat wohl auch Windscheid gar nicht behaupten wollen. Thon hat seine Ausführungen[7]) m. E. falsch ausgelegt. Sie richten sich nämlich gegen die Vorstellung, daß bei Unterlassungspflichten das **Nichttun gewollt** sein müsse, aber ihm kommt gar nicht der Gedanke, daß die Willenstätigkeit doch auch darin liegen kann, daß der Schuldner auf ihn einstürmende **Motive zum Handeln** zu **bekämpfen** hat. Gerade das verstehen aber Windscheids Anhänger[8]) unter der Willensgebundenheit des Schuldners. Mit dieser richtig verstandenen Auffassung der Lehre Windscheids befindet sich allein **die** Behauptung Thons[9]) nicht im Einklang, daß Inhalt der

---

[1]) Unger: a. a. O. S. 23 f.

[2]) Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900. § 262 und § 252 Anm. 1a.

[3]) So Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. S. 199, S. 3 ff.; weitere Anhänger dieser Ansicht: v. Schey: a. a. O. S. 370 ff.: Béranger a. a. O. S. 92; Jacobsohn: a. a. O. S. 5 ff.

[4]) Windscheid: a. a. O. § 252 Anm. 1a.

[5]) Thon: a. a. O. S. 199 ff.; Oertmann: § 241 Anm. 2 und besonders Stephan: a. a. O. S. 31—46.

[6]) So Haensell: a. a. O. S. 16.; Rümelin: a. a. O. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 68 S. 177.; Hartmann: a. a. O. S. 162; Hölder: Zeitschrift f. d. ziv. Prax. Bd. 29. S. 53 ff.: Pagenkämper: a. a. O. S. 17 f.; Knigge: a. a. O. S. 10 ff.

[7]) vgl. besonders Windscheid S. 201. — Das Gesagte ergibt sich m. E. auch aus den Ausführungen Thons (S. 311) über positive Dauerschuldverhältnisse: Der Mieter könne nicht dazu verpflichtet sein, täglich und stündlich willentlich den Gebrauch der Mietsache zu gewähren.

[8]) vgl. z. B. Leonhard a. a. O. S. 3 ff.; Jacobsohn, S. 6 ff. Lesser: a. a. O. S. 29; Béranger: S. 92 ff., wohl auch Windscheid selbst, vgl. a. a. O. Bd. 2 § 252 Anm. 1a Z. 1.

[9]) Thon: a. a. O. S. 202.

Unterlassungspflicht ein **Verbot des Tuns** sei und daß in diesem Verbot nicht ein **Gebot zur Unterlassung** enthalten sein könne. Da aber Thon unter „Gebot zur Unterlassung" das Gebot, das Nichttun zu wollen, versteht, ist dieser Kontroverse nicht viel Gewicht beizulegen. Darf man doch annehmen, daß Thon, hätte er unter dem Gebot zur Unterlassung, das Gebot, die zur Tat drängenden Reize zu überwinden, verstanden, seine Behauptung vielleicht gar nicht aufgestellt hätte.

Zu diesem Schluß ist man m. E. zumal deshalb berechtigt, weil Thon selbst grundsätzlich (S. 1 bis 2) davon ausgeht, daß das objektive Recht als „allgemeiner Wille sich an das Wollen der einzelnen richtet". Im Rechte sucht die Rechtsordnung (im Sinne von den das Recht erzeugenden Faktoren) den ihren Satzungen Unterworfenen einen **Impuls** zu einem bestimmten Verhalten zu geben, mag das gewünschte Verhalten in einem Tun oder Unterlassen bestehen"!

Geht es nun aber noch an, das Willensmoment ganz aus dem Begriff der Unterlassungsverbindlichkeit auszuschalten, wie z. B. Ullrich[1]) es tut? Dieser Schriftsteller[2]) führt aus:

„Irgend eine Willensanspannung des Verpflichteten ist nicht erforderlich . . . . Ein Willensmoment tritt in derartigen Verträgen — vom Vertragsschluß selbstverständlich abgesehen — höchstens insofern zu Tage, als der Schuldner in dem Augenblick, da gewisse Vorstellungen oder Willensreize zur Vornahme der verpönten Handlung drängen, durch eine Willensbildung im entgegengesetzten Sinne diese Versuchungen niederzukämpfen **verpflichtet ist.** Aber selbst ein derartiger Willensprozeß ist **nicht Inhalt seiner Verpflichtung,** sondern nur Mittel zu ihrer Verwirklichung".

Ullrich kommt zu diesem anscheinend in sich widerspruchsvollen Schluß, weil er den Doppelsinn des Wortes „Verpflichtung" übersieht. Man bezeichnet nämlich mit diesem Worte auch das, wozu man verpflichtet ist. So bemerkt Hartmann[3]): Eine Person sei „verpflichtet", bedeute soviel wie „man erwarte von ihr diejenige Handlungsweise, die zur Erreichung des Obligationszweckes zu führen geeignet sei". Hier ist Objekt der Verpflichtung und Verpflichtung gleichgesetzt und der Wille natürlich ganz ausgeschaltet. Besser würde man hier wohl von „Verbindlichkeit", „Verbunden-sein" sprechen. Andererseits bedeutet Verpflichtung im ursprünglichen Sinne des Wortes die **Rechtspflicht,** die wie jede Pflicht eine Willensgebundenheit ist[4]). Ullrich sagt nun

---

[1]) Ullrich: a. a. O. S. 162 ff.
[2]) a. a. O. S. 163.
[3]) Hartmann: a. a. O. S. 162.
[4]) Ebenso Lehmann: a. a. O. S. 3: Verpflichtung zum Unterlassen im eigentlichen Sinne ist Willensgebundenheit. In einem uneigentlichen Sinne spricht man von Verpflichtung, wo Kinder oder Wahnsinnige als verpflichtet bezeichnet werden. Dazu ist man berechtigt, weil das Recht, in dem es z. B. den Willensunreifen Personen an die Seite stellt, die gleichsam als deren Willensorgane ihre Pflichten erfüllen und Rechte ausüben sollen, Vorkehrungen getroffen hat, um die gleiche Unterlassung, die es dem Willensfähigen auferlegt, auch beim Willensunfähigen zu erzielen. Vgl. auch Lehmann S. 5. und Enneccerus I, § 65, I. 4 u. Anm. 8 u. 9.

nichts anderes, als daß zur Verpflichtung im Sinne dessen, wozu man verpflichtet ist, nicht gehöre, daß man verpflichtet sei! Er wollte etwas anderes ausdrücken, nämlich: Begriffswesentlich sei für die Obligation nur das, was durch sie bezweckt werde, für die Unterlassungsverbindlichkeit nur die bloße äußere Untätigkeit. Erscheint es aber nicht natürlicher gedacht, wenn man den zum Erfolg führenden Willensprozeß als eigentlichen Inhalt der Verpflichtung ansieht, anstatt aus ihm das Mittel zur Erfüllung der Verpflichtung zu machen?! Letzteres ist wenigstens dann abwegig, wenn man bei „Verpflichtung" die Rechtspflicht des Schuldners im Auge hat.

Jacobsohn[1]) wendet gegen die von Ullrich vertretene Theorie, daß nur das äußere Nichtgeschehen Inhalt der Unterlassungsverbindlichkeit sei, zutreffend ein, es sei ein Unding, daß das Recht von irgend jemandem verlangen könne, einem anderen gegenüber eine Unterlassung zu beobachten, ohne ihm die Möglichkeit zu gewähren, sich des ihm anbefohlenen Verhaltens bewußt zu sein. Man könnte noch hinzufügen: Wenn nicht eine bewußte Handlung Gegenstand der Verpflichtung ist, dann kann der Schuldner seine Pflicht verletzen, ohne sich dessen bewußt zu sein[2]). Mit Recht bemerkt Lesser[3]) hierzu, es ginge nicht an, daß ein Nichts Inhalt der Verpflichtung sein solle[4]). Die Vorstellung, daß zum Inhalt der Unterlassungsverbindlichkeit die Bekämpfung der Antriebe zur Handlung, also eine Willenstätigkeit gehört, wird auch durch die Überlegung nahegelegt, daß der Gläubiger zum Abschluß eines auf Unterlassung gerichteten Vertrages immer durch die Besorgnis bewogen wird, daß andernfalls der Schuldner einer in ihm vorhandenen Neigung zum Handeln nachgeben werde[5]).

Nun sagt Thon[6]) selbst, daß auch das in der Obligation auf Unterlassung enthaltene Verbot sich an den Willen wende. Unverständlich erscheint es mir da, daß er und seine Anhänger[7]) trotzdem so energisch bestreiten, daß im Verbot ein Gebot enthalten sei. Wenn das Verbot des Tuns sich an den Willen wendet, so will es doch vom Willen eine bestimmte Einstellung oder Umstellung, fordert also eine Reaktion, d. h. aber ein **Tätigsein des Willens!** Nur der **Erfolg** der Willenshaltung soll negativ, **Nichtvornahme** des Tuns sein. Jeder Imperativ verlangt eine Reaktion des Willens, an den er sich wendet[8]),

[1]) Jacobsohn: a. a. O. S. 7.

[2]) Von der bewußten Unterlassung an sich ist aber die bewußte Unterlassung, die gleichzeitig mit dem Erfüllungswillen erfolgt, zu unterscheiden. Vgl. unten III, a, 1, dd, ß.

[3]) Lesser: a. a. O. S. 17.

[4]) Es ist scharf auseinanderzuhalten: 1. Ein Nichts ist Inhalt der Verpflichtung. Das ist ein Unding. 2. Der Schuldner ist zu einem Nichttun verpflichtet.

[5]) Diesen Punkt hebt auch Boehmer hervor (S. 33). Zwecklos wäre es z. B., jemanden, der kein Chinesisch versteht, dazu zu verpflichten, keine Privatstunden in der chinesischen Sprache zu erteilen.

[6]) Thon: a. a. O. S. 201.

[7]) vgl. u. a. Haensell: S. 15 f.; Stephan: S. 29 f.; Pagenkämper: S. 18; O. Fischer: S. 72.

[8]) Bei Willensunfähigen ist der Wille des Vertreters maßgegend; vergl. Lehmann: S. 5; Enneccerus: I § 65 Anm. 8.

das Verbot sowohl wie das Gebot. Das bedeutet aber nichts anderes als: Das Verbot befiehlt, daß der Wille sich gegen die Reize zur Tat richtet, es enthält also ein Gebot. Damit im Einklang steht es, daß die Unterlassung als solche vom Standpunkt des Unterlassenden aus die Überwindung einer inneren Neigung, also eine Tätigkeit bedeutet[1]). Die **Verschiedenheit** zwischen Verboten und Geboten bezieht sich somit nur auf den anderen **äußeren Erfolg** der Willenstätigkeit, der einmal eine Änderung eines Zustandes in der Außenwelt, das andere Mal ein äußerliches Nichtgeschehen ist[2]).

Zum Beweise dafür, daß eine Willensgebundenheit bei den auf ein Nichttun gerichteten Rechtspflichten nicht vorhanden sei, wird immer wieder auf die absoluten Rechtsverbote — z. B. die des Strafgesetzbuches — und die den absoluten Rechten entsprechenden „Pflichten" aller anderen, den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes nicht zu stören, hingewiesen[3]). Gegen dieses Argument wenden sich Jacobsohn[4]) und Béranger[5]). Die „unzähligen, durch die absoluten Rechtsverbote statuierten negativen Pflichten", wie sie von Lehmann[6]) bezeichnet werden, sind gar nicht Pflichten des einzelnen[7]). Ihering[8]) sagt über die den absoluten Rechten korrespondierenden Pflichten: „Diese rein negative und abstrakte Verpflichtung der gesamten Welt, welche sich in keiner einzelnen Person lokalisiert", habe keinen Anspruch darauf, systematisch zu einem besonderen Begriff erhoben zu werden, sie sei „nichts als ein Schatten, den das Recht in die Außenwelt wirft". Im Anschluß an ihn führt Jacobsohn[9]) aus:

---

[1]) Vergl. oben S. 38 — Auch die Römer betonten schon, daß die obligatio in non faciendo im Grunde auf ein facere gerichtet sei. Vergl. 7 J. de verb. obl. 3, 15 und Unterholzner: Die Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Huschke 1840.

[2]) Verweist man die Willensgebundenheit ganz aus dem Begriff der Obligation, dann wäre sie nichts mehr als eine Haftung und man käme zu der Konstruktion von Brinz (Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl. 1873-1875, II. S. 1 ff.) und Siber: (Rechtszwang S. 171 ff.), die doch überall abgelehnt werden. Gegen die Indentifizierung von Obligation und Haftung besonders Rümelin in dem gleichlautenden Aufsatz: Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 68 S. 151 ff.; Ryck: a. a. O. S. 16; Lehmann: a. a. O S. 175.

[3]) Vergl. z. B. Stephan: a. a. O. S. 21; Dittmann: Der Unterlassungsanspruch im heutigen bürgerlichen Recht. Rostock 1927. (Diss.) S. 10; und schon Thon: S 201.

[4]) a. a. O. S. 6 ff.

[5]) a. a. O. S. 92 ff; Vergl. auch Ryck: S. 9: Von einer „Verbindlichkeit" kann füglich nur die Rede sein, wo ohne dieselbe ein gewisses Handeln freistehen würde, nicht da, wo die Beschränkung der individuellen Willkür schon anderweitig rechtsnotwendig gegeben ist, wie durch die entgegenstehenden Rechte eines andern, z. B. beim Eigentum.

[6]) Lehmann: a. a. O. S. 19.

[7]) Vergl. Jacobsohn: a. a O. S. 6.

[8]) Ihering: Passive Wirkungen der Rechte. Iherings Jahrbücher Bd. 10 S. 392 f.

[9]) Jacobsohn: a. a. O. S. 6. ff.

„Die dem einzelnen zum Inhalt einer Pflicht gemachte Unterlassung hat mithin mit dem in dem Dunstkreis allgemeiner Verbote enthaltenen Nichttundürfen dogmatisch nichts gemein, logisch ist sie aus diesem allgemeinen Unterlassenmüssen zu entwickeln[1]).

Auch den absoluten Rechtsverboten entspricht ebensowenig eine Rechtspflicht im eigentlichen Sinne einer konkretisierten rechtlichen Beziehung wie dem in absoluten Rechten enthaltenen Verboten[2]).

Es ist hier vor allen Dingen auf den Unterschied zwischen Rechten und Rechtsgütern aufmerksam zu machen. Recht ist seiner Substanz nach Macht, die sich in der Beherrschung eines körperlichen oder unkörperlichen Gegenstandes oder in der Beherrschung menschlichen Willens äußert. Zwar schafft jedes Recht Beziehungen von Personen zu Personen; der Rechtsverkehr kann sich nur zwischen Personen abspielen. Insofern ist also richtig, wenn Windscheid (a. a.O. S. 167, S. 181) sagt, jedes Recht sei auf die Unterwerfung menschlichen Willens gerichtet. Indessen abzulehnen ist seine Lehre (ebenda), daß die Unterwerfung menschlichen Willens bei jedem Rechte von vornherein gegeben sei. Denn bei Rechten, die eine Herrschaftsmacht über einen Gegenstand gewähren, besteht zunächst nur eine Rechtsbeziehung zu dem Gegenstand und erst mit dem Eintritt gewisser Voraussetzungen wendet sich das Recht gegen Personen, unterwirft es fremden Willen!

Mit Recht weist Béranger[3]) auf die verschiedene Situation hin bei der Beobachtung der aus absoluten und aus relativen Normen — Obligationen — entspringenden Unterlassungspflichten:

„Ein Verstoß gegen eine obligatorische Verpflichtung zum Unterlassen würde eine den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechende Willensbetätigung sein, während sich z. B. der das Eigentumsrecht Verletzende in einer Sphäre bewegt, von der er wissen muß, daß er die durch das Zusammenleben der Menschen bedingten notwendigen Grenzen überschreitet. Der obligatorisch Gebundene fühlt den Druck seiner Verpflichtung, während der andere sich durch sein Nichtstun in keiner Weise beschwert fühlt. Das rührt eben daher, daß der Störer eines absoluten Rechts aus seiner Rechtssphäre heraustritt, während der obligatorisch Gebundene im allgemeinen freiwillig eine Einschränkung seiner Sphäre auf sich nimmt.

Sind im vorangegangenen die Hauptgründe der Literatur gegen die Ansicht, daß eine Willensgebundenheit zum Wesen der Unterlassungsverbindlichkeit gehöre, widerlegt, so bleibt doch noch eine Schwierigkeit, die zum Kern des ganzen Problems führt.

Nicht in allen Fällen von Unterlassungsverbindlichkeiten hat der Schuldner tatsächlich mit einer zum Tun drängenden Neigung zu kämpfen. Die im Vertrage für die Unterlassung gesetzte Zeit läuft ab, ohne daß der Schuldner einmal einen Willensentschluß irgendwelchen zur Tat drängenden Motiven entgegenzusetzen brauchte. Ist diese Tatsache mit der Ansicht, daß zum Begriff der Unterlassungsverbindlichkeit eine

---

[1]) vgl. gegen diese Auffassung ferner auch Ryck: a. a. O. S. 9.

[2]) Häufig fallen die beiden Rechtslagen ja auch zusammen, so z. B. die dem Eigentum entsprechende Pflicht aus §§ 985 BGB. u. 1004 BGB. und die sich aus § 242 StGB. ergebende Pflicht.

[3]) a. a. O. S. 92 f.

Willensgebundenheit gehöre, zu vereinbaren? Lesser[1]) bejaht es, seine Begründung dafür vermag aber nicht zu befriedigen. Er behauptet nämlich[1]), die Unterlassungsverbindlichkeit betreffe nur die Zeiten, in denen Neigungen zur Vornahme der untersagten Handlung auftreten; zeige sich die Neigung nicht, dann könne der Schuldner ihr auch nicht entgegentreten. Er befinde sich dann zwar nicht im Zustande der Erfüllung, verletze aber seine Verpflichtung auch nicht.

Nach Lesser gibt es also Schuldverhältnisse, die weder erfüllt noch „nicht erfüllt" werden können. Diese an sich schon bedenklich erscheinende Auffassung wird im folgenden, wo es sich um die Erfüllbarkeit der Unterlassungspflichten handelt, noch widerlegt werden[2]).

Die Situation ist auch nicht so aufzufassen, daß jeder Unterlassungsvertrag von Anfang an unter der stillschweigenden Bedingung abgeschlossen sei, daß der Schuldner irgend eine Neigung zum Tun verspüre. Dann wäre nämlich der Gläubiger hinsichtlich seiner etwa vorhandenen Gegenleistungspflicht ganz auf die Ehrlichkeit des Schuldners angewiesen, und selbst der Schuldner wird sich in den wenigsten Fällen erinnern können, ob er einmal einen Antrieb zur Vornahme der verbotenen Handlung gefühlt hat.

Wird mir der Gläubiger anderseits die Gegenleistung verweigern dürfen, wenn ich meiner Verpflichtung, eine Woche lang nicht Klavier zu spielen, schon aus dem Grunde nicht zuwiderhandele, weil ich, da mein Freund gestorben ist, gar keine Lust zum Spielen gehabt habe, und auch nicht gespielt hätte, wenn ich nicht zur Unterlassung rechtlich verpflichtet gewesen wäre? — Gewiß nicht! So besehen erscheint allein die Theorie, nach der das bloße Nichtgeschehen den Gegenstand der Unterlassungsverbindlichkeit ausmacht, als richtig. Der Gläubiger hat alles, was er wollte, wenn der Schuldner nicht zuwider handelt. Es wird ihm nicht einfallen, den Schuldner zu befragen, ob er auch zur Tat reizende Vorstellungen niedergekämpft habe. Sein Interesse erschöpft sich in dem bloß äußeren Untätigsein des Schuldners.

Damit sind wir zum Schwerpunkt des Problems gekommen.

Wie zum Begriff des Rechts nicht allein das Willensmoment — alles Recht ist Willensmacht[3]) — ausreicht, sondern wesentlich auch das Zweckmoment ist, nämlich der „Schutz realer Interessen"[4]) beim objektiven Recht, der Anteil an Lebensgütern"[5]) oder das einzelne „rechtlich geschützte Interesse"[6]) beim subjektiven Recht, so sind, wie oben dargelegt worden ist, auch dem Schuldverhältnis eben diese zwei

---

[1]) Lesser: a. a. O. S. 29 a. E.

[2]) Vergl. unten III a, 1, dd, ß. Siehe dazu Kretschmar: a. a. O. S. 141-145; Boehmer: a. a. O. S. 32-34. Lessers Ansicht beruht auf einer Verwechselung des Inhalts der Verpflichtung mit der Erbringung der Leistung. — Kretschmar S. 143.

[3]) Vergl. Enneccerus: I. § 65.

[4]) So z. B. Thon: a. a. D. S. 200.

[5]) Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. Die allgemeinen Lehren, 2. Aufl. Halle 1902, S. 104.

[6]) Ihering: a. a. O. S. 392 ff.

Momente begriffswesentlich. Zum begrifflichen Inhalt der Obligation gehört **sowohl** die Willensspannung, die einen Willensprozeß, dem bei positiven Obligationen körperliche Bewegungen parallel laufen, auslöst, **als auch** der als Erfolg gedachte Zustand, der Zweck zur Obligation, der in der Befriedigung eines privaten Interesses des Gläubigers besteht.

Thon betont im Anschluß an Hartmann bei Unterlassungsverbindlichkeiten ausschließlich den Zweck. Die allein die Willensgebundenheit hervorhebende Theorie sieht nur die Verpflichtungsseite, das dynamische Element.

Vom Standpunkt des Gläubigers aus, also im Sinne des Habensollens liegt nun allerdings das Wesen der Unterlassungsverbindlichkeit vornehmlich in der bloßen äußeren Untätigkeit des Schuldners, vom Standpunkt des Schuldners aus aber erscheint die Verpflichtung, die Willensgebundenheit, die darin besteht, daß er die Anreize zur Tat unterdrücken muß, als in erster Linie wesentlich.

Eine Rechtspflicht im Sinne der Willensgebundenheit besteht aber bei **jeder** Unterlassungsverbindlichkeit. Wenn der Schuldner auch tatsächlich mit keiner Neigung zur Handlung gekämpft hat, so ändert das nichts daran, daß die Pflicht, die Gebundenheit des Willens, Reize, sobald sie auftreten sollten, zu überwinden, als latente bestanden hat. Man braucht nicht soweit zu gehen wie Jacobsohn[1]) und das Verhalten des Schuldners, der tatsächlich mit keinem Antriebe zur Tat zu kämpfen braucht, als Ausdruck des **einen** bei Eingehung des Vertrages getätigten Willensaktes anzusehen. Die Situation ist dieselbe wie beim Hoffnungskauf, etwa dem Kauf eines Fischzuges. Auch hier besteht eine Rechtspflicht des Schuldners für den Fall, daß die Hoffnung sich erfüllt, die versprochene positive Leistung zu machen, also die gefangenen Fische dem Gläubiger auszuliefern; sie hat auch dann Bestand gehabt, wenn die Netze leer blieben und der Gläubiger nichts erhält! Die Willensgebundenheit erschöpft sich dann eben in der äußerlich an der ernstlichen Übernahme der Verpflichtung und dem folgenden Nichtzuwiderhandeln erkenntlichen Erfüllungsbereitschaft des Schuldners.

Wir sind also berechtigt zu sagen:

Das Wesen der Unterlassungsverbindlichkeit ist im Sinne des Leistensollens eine Willensgebundenheit des Schuldners des Inhalts, daß er evtl. eintretende Anreize zur Vornahme der verbotenen Handlung unterdrücken soll; im Sinne des Bekommensollens des Gläubigers erscheint der Inhalt der Unterlassungspflicht als äußere Untätigkeit des Schuldners und die damit erreichte Nichtveränderung eines Zustandes.

Diese Erklärung der Unterlassungsverbindlichkeit allein befindet sich auch im Einklange mit der Begriffsbestimmung der Unterlassung als solcher[2]), bei der auch der Standpunkt des äußeren Beobachters und des Unterlassenden selbst zu berücksichtigen war.

[1]) Jacobsohn: a. a. O. S. 7.
[2]) Vergl. oben S. 38.

Zu einem Ergebnis, das diesem im wesentlichen entspricht, kommt auch Kretschmar (a. a. O. S. 141 f.): Wer eine Verpflichtung zum Unterlassen auf sich nimmt, „errichtet damit eine Schranke für die von ihm zu erstrebenden Handlungen, darin liegt das Moment der Bindung des Willens“

Ähnlich, jedoch etwas unklarer, sind die Ausführungen Boehmers (a. a. O S. 33)[1]) gehalten: „In diesem Sinne kann man auch bei Unterlassungspflichten von einer Willensbindung sprechen. Freilich ist sie nicht so aktuell wie bei den positiven Obligationen, die stets auf eine Willensaktion gerichtet sind Die negative Obligation begnügt sich mit dem bloßen Unterlassen, dem jeder Willensentschluß fehlt, aber sie verlangt gegebenenfalls eine entgegengesetzte, Motive unterdrückende Willenstat“.

Auch Lehmann (a. a. O. S. 22) gelangt zu dem Ergebnis, daß die Unterlassungspflicht „auf eine Willensbestimmung gerichtet“ sei,[2]) obwohl er verneint (S. 21), daß das Verbot ein Gebot zur Unterlassung, zur Willensbestimmung, enthalte, und insofern nicht folgerecht. Denn wer zu einer Willensbestimmung verpflichtet ist, dem ist ein inneres Tun befohlen; durch die seiner Verpflichtung entsprechende innere Tat erfüllt er ein an ihn gerichtetes Gebot. Die von Lehmann gemachte Unterscheidung zwischen Norm und Rechtsbefehl ist wohl abzulehnen.

Siber (§ 362 Anm. 2b und § 241 Anm. 2) verlangt für die Unterlassungsleistung wie für jede Leistung überhaupt, daß sie „auf Kosten der Rechtsgüter des Schuldners“ erfolge, sie müsse für den Schuldner ein „Opfer“ sein. Ein Opfer läßt sich aber nur willentlich bringen!

dd) Die Erfüllung der Unterlassungsverbindlichkeit.

α) Das Erfolgsmoment.

Es ist gerade ausgeführt worden, daß auch zur Unterlassungsverbindlichkeit das Erfolgs- oder Zweckmoment gehört. Wir müssen jedoch noch auf einen Einwand eingehen, demzufolge das Zweckelement bei Unterlassungspflichten ganz anders geartet sein soll wie bei positiven Obligationen. Gerade im Zusammenhange mit der Frage der Erfüllbarkeit der Unterlassungspflicht hat man nämlich vorgebracht, das negative Schuldververhältnis sei nicht in demselben Sinne auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet, wie die auf ein Tun gerichtete Verbindlichkeit. Der Zweck der Unterlassungspflicht sei vielmehr kein anderer wie der Zweck der dinglichen Herrschaftsrechte,[3]) nämlich nicht Verschaffung eines Gutes, sondern lediglich Schutz im schon vorhandenen Genuß eines Gutes.

---

[1]) Er wendet sich (S. 33—34) treffend gegen Stephan. (31—42).

[2]) vgl. auch seine Bemerkung S. 175: „Eine Leistungspflicht ohne ein bestimmtes Maß von Willensbestimmtheit ist folglich eine ganz unmögliche Vorstellung, genau so unmöglich wie die Annahme eines Körpers ohne bestimmte räumliche Ausdehnung“.

[3]) So Rümelin in der Besprechung Hartmanns in den „Göttingischen gelehrten Anzeigen“ 1876. Bd. 2. S. 941.

Namentlich Kohler[1]) und O Fischer[2]) bestreiten, daß die „Nichtveränderung eines Zustandes“ die „Überführung des Gläubigers aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung“ bedeute, und meinen, daß deshalb eine „Leistung“ hier nicht möglich sei. Die Befriedigung eines Interesses des Gläubigers käme bei Unterlassungsverbindlichkeiten nicht in Betracht, da dieser bis zum Augenblick der Zuwiderhandlung vollständig befriedigt sei, erst dann entstehe eine der Erfüllung fähige Verbindlichkeit. Aus diesem Grunde lehnt Pagenkämper[3]) auch die Anwendbarkeit des § 278 BGB. ab.

Unrichtig ist es nun, demgegenüber zu behaupten[4]), die Überführung des Gläubigers aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung sei nach geltendem Recht nicht mehr Kennzeichen der Leistung und Erfüllung. Das Gegenteil ist oben[5]) dargetan worden[6]).

Daß man die Auffassung Kohlers und seiner Anhänger nicht mit einem Hinweise auf § 241 BGB. zurückweisen kann, wird mit Recht von Boehmer[7]) hervorgehoben. Denn wenn hier bestimmt ist, daß Leistung auch die Unterlassung sein solle, so steht damit noch nicht fest, in welchem Sinne der Gesichtspunkt der Leistung für die Unterlassung zu verwenden ist. Denn es liegt auf der Hand, daß eine ganze Reihe von Vorschriften nur für die positive, nicht für die Unterlassensleistung in Frage kommen, und die Bestimmung des § 339 BGB. kann den Schluß nahe legen, daß eine auf einen den Gläubiger begünstigenden Erfolg abzielende Verpflichtung erst mit der Zuwiderhandlung entsteht[8]).

Die Widerlegung Fischers muß vielmehr von der Untersuchung der Frage ausgehen, in welcher Art und Weise ganz allgemein die obligatorische Leistung das den Gegenstand des Interesses des Gläubigers bildende Gut diesem verschafft, also welcher Zusammenhang zwischen Leistung, bezw. der durch sie eintretenden Erfüllung, und Befriedigung des Interesses besteht. Denn diese Untersuchung wird erweisen, ob das durch die Unterlassungsobligation geschützte Interesse sich auf ein schon der Herrschaft des Gläubigers unterstehendes Gut bezieht, oder auf ein erst durch das Verhalten des Schuldners zu erlangendes.

Man führe sich zunächst das Beispiel vor Augen, daß eine Gesellschaft eine Ballettänzerin zum Auftreten verpflichtet. Ihre künstlerische „Leistung“ gewährt ihren Gläubigern **unmittelbar** den

---

[1]) Kohler: Annahme und Annahmeverzug. Iherings Jahrb. Bd. 17. S. 26 ff.; vgl. auch ders. Arch. f. d. ziv. Prax. 91 S. 180.

[2]) O. Fischer: a. a. O. S. 72., ebenso auch Thon: a. a. O. S. 198.

[3]) Pagenkämper: S. 43 ff; vgl. oben S. 20.

[4]) So Galler: Der Einfluß des Konkurses auf die Forderung auf Unterlassung. Diss. Breslau 1907, S. 8.

[5]) vgl. S. 35.

[6]) In dem von Galler abgelehnten Merkmal der Erfüllung liegt gerade der Unterschied zwischen der Erfüllung der Forderungsrechte und der Respektierung der dinglichen Herrschaftsrechte anderer.

[7]) Boehmer: a. a. O. S. 11.

[8]) Boehmer: a. a. O. S. 11.

Genuß des begehrten „Gutes". Anders ist es dagegen mit der Verpflichtung des Verkäufers. Die Übereignung der Kaufsache bildet nur die **Voraussetzung** für den erstrebten Genuß, der in der Verwendung der Sache besteht, sie ist also nur ein **Mittelglied** auf dem Wege zur Befriedigung.

Noch länger ist der Weg von der Leistung zur Befriedigung bei dem Kauf eines Geschäftsunternehmens samt Firma und Kunden[1]). Sucht man das schließliche Interesse des Käufers, das der Verbindlichkeit des Verkäufers zu Grunde liegt, so ergibt sich: Er will die Möglichkeit erlangen, seine Waren bei den Kunden der alten Firma abzusetzen, um dadurch einen höheren Gewinn zu erzielen. Wie führt nun die Leistung des Verkäufers zu diesem Ziele? Die Leistung ist die Übertragung des Unternehmens und der Firma. Ist sie erfolgt, so kann nun der Käufer seine Waren an die alten Kunden verkaufen. Aus den einzelnen Kaufgeschäften erlangt er wieder jedesmal den Anspruch auf Leistung des Kaufpreises. Erst wenn er diesen erhalten hat, befindet er sich im Besitze des Gutes, in dessen Genuß er seine Befriedigung gesucht hat. Zwischen dem Recht aus dem Kauf des Geschäftsunternehmens und dem damit verfolgten endlichen Interesse[2]) liegen also mehrere Mittelglieder: das Recht am Unternehmen mit der Firma, die Verkaufsansprüche und schließlich das Eigentum an dem eingehenden Gelde. Erfüllung und Befriedigung des treibenden Interesses des Gläubigers brauchen also nicht notwendig zusammenzufallen, sondern es genügt, daß die Erfüllung die Befriedigung bloß „vermittelt"[3]).

Sehen wir uns nun die Situation bei Unterlassungspflichten an! Wollen sie nur ein Gut schützen, das der Gläubiger schon genießt, oder sollen auch sie aggressiv ihm erst ein Gut verschaffen? Wir wollen uns die Rechtslage an Hand eines praktischen Falles vor Augen führen.

A. und B. können die Landstraße nur auf einem über das Grundstück des C. laufenden Wege erreichen. Dem B. hat C. eine Wegegerechtigkeit bestellt, dem A. gegenüber sich aber nur schuldrechtlich verpflichtet, die Benutzung des Weges durch ihn zu dulden, also die Hinderung zu unterlassen. Die Rechtslage stellt sich nun folgendermaßen dar: A. und B. haben beide das gleiche Interesse an der Benutzung des Weges. A's Interesse kann aber erst nach Beseitigung eines rechtlichen Hindernisses, das in dem Rechte des Nachbarn C. an seinem Grundstück besteht, gestillt werden. Wenn der obligatorisch Berechtigte von seinem

---

[1]) Siehe Enneccerus: II § 324 II.; v. Schey S. 369.

[2]) Über dieses „endliche" Interesse, dem im allgemeinen keine rechtliche Bedeutung zukommt, das aber schon um der klaren Erkenntnis der hier behandelten Vorgänge willen scharf herausgestellt werden muß, vgl. auch Ullrich S. 200, Lehmann S. 204 und besonders S. 51. f. dieser Arbeit. Dort wird gezeigt, daß gerade bei Unterlassungsverbindlichkeiten das endliche Interesse rechtlich bedeutsam wird.

[3]) Vgl. auch Lehmann: a. a. O. S 56; ähnlich Thon: S. 205, während seine Ansicht bezgl. der **negativen** Verbindlichkeiten nicht anerkannt werden kann. Vgl. dazu das Folgende.

Forderungsrechte gegen den Nachbar eigenmächtig Gebrauch macht, so steht ihm kein Besitzschutz (§§ 1090, II, 1029 BGB.) zu. Das rechtliche Hemmnis, das der Befriedigung des Interesses des schuldrechtlich Berechtigten, des A., entgegensteht, vermag dieser nicht selbst, sondern nur der Schuldner, C., aus dem Wege zu räumen, indem er von seinem Rechte keinen Gebrauch macht. C's Unterlassung bedeutet also eine Mithilfe zur Befriedigung von A's Interesse, nach dem oben festgelegten Begriff eine Leistung — Ganz anders ist dagegen das Verhältnis C's zu B. B. ist iuris quasi possessor. Wenn er an dem Begehen des Weges durch den „dinglich Verpflichteten", C., gehindert wird, so handelt C. rechtswidrig, und dem B. stehen die Besitzrechte zu; denn der dinglich Verpflichtete **darf** sich der Befriedigung des Interesses des dinglich Berechtigten **nicht** entgegenstellen, eine **Mitwirkung** seinerseits zur Befriedigung des Interesses des dinglich Berechtigten ist somit nicht nötig und findet nicht statt, der Berechtigte kann sein Interesse jederzeit selbst befriedigen. Die Nichthinderung durch C. schafft dem B. nicht erst ein Gut, ist nicht die Voraussetzung der Möglichkeit, daß B. sich selbst befriedigt, sondern setzt im Gegenteil schon voraus, daß sich B. bereits im Genusse des Weges befindet. — Das Nichttun in der Schuldverbindlichkeit schafft also erst Raum für die Befriedigung des Interesses, das Nichttun in der Dienstbarkeit aber entzieht nur nicht die für den Berechtigten schon vorhandene Möglichkeit, sich aus eigener Kraft den Genuß des von ihm beherrschten Gutes zu verschaffen. Der Nachbar C. steht nach Schaffung der Dienstbarkeit dem B. gegenüber wie jeder andere Mensch. B. beansprucht von ihm die Nicht-Hinderung im Genuß des Weges wie von jedermann. Bei der Schuldverbindlichkeit „kann begrifflich Genuß und Befriedigung erst nach der Erfüllung eintreten, beim dinglichen Herrschaftsrecht ist die Befriedigung vorher da, die Erfüllung folgt nach"[1]).

Somit erhellt, daß die Unterlassungsverbindlichkeiten von den dinglichen Herrschaftsrechten durchaus verschieden und, was das Zweckmoment in der Obligation angeht, den positiven Verbindlichkeiten wesensgleich sind[2]). Auch sie enthalten ein Spannungsverhältnis und bezwecken die Überführung des Gläubigers aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung.

Damit haben auch die gegen die Auffassung der Obligation als eines notwendigen Spannungsverhältnisses gerichteten Ausführungen Thons (a. a. O. S. 191-192) ihre Beweiskraft eingebüßt. Sie beruhen auf dem schon verworfenen (vergl. oben S. 42 f.) Unterschied, den Thon zwischen Verbot und Gebot macht. Ihm ist besonders noch entgegenzuhalten, daß das im Verbot notwendig enthaltene, sich an den Willen richtende Gebot auch bei Unterlassungsobligationen den dem obligatorischen im Gegensatz zum dinglichen Recht eigenen, auf Befriedigung in der Zukunft hinzielenden Spannungszustand erzeugt. Auch Thon verwechselt Unterlassen

---

[1]) v. Schey: a. a. O. S. 372.

[2]) Gegen Fischer und Kohler vergl. auch Planck: § 362 Anm. 2b. und § 241 Anm. 2: Das Unterlassen als Leistung müsse „auf Kosten der Rechtsgüter des Schuldners" gehen.

und Unterlassungspflicht und übersieht dabei besonders die verschiedene Bedeutung des Begriffs der Unterlassung, je nachdem man sie vom Standpunkte der inneren Wahrnehmung des Unterlassenden oder dem des äußeren Beobachters sieht (vergl. oben S. 38).

Wie bei positiven Verbindlichkeiten kommen auch bei Unterlassungsverbindlichkeiten Fälle unmittelbarer Befriedigung des Gläubigerinteresses durch die Leistung vor. Man denke an den Fall, daß jemand ein Familienkleinod einem Freunde schenkt unter der Auflage, es nie zu verkaufen[1]). Das Interesse des Gläubigers liegt in der Wahrung der Pietät, es ist durch die Unterlassung direkt befriedigt.

Der Natur der Sache nach führt allerdings das negative Verhalten im allgemeinen nur **mittelbar** das Endziel der Obligation herbei. So ist es z. B. in dem eben behandelten Fall einer Duldungspflicht. Nicht das Nichtbehindertsein durch den Nachbar will A. genießen, sondern die Benutzung des Weges; das erste ist nur die Voraussetzung für das letzte. Noch deutlicher tritt dieses indirekte Verhältnis von Erfüllung und Befriedigung in dem Fall eines Konkurrenzausschließungsvertrages zu Tage. Das den Inhalt eines solchen Schuldverhältnisses bildende Nichtabsetzen der Waren verschafft dem Gläubiger keineswegs unmittelbar den begehrten wirtschaftlichen Erfolg. Es eröffnet ihm vielmehr nur die Gelegenheit, selbst zu seinem Vorteil tätig zu werden, indem er seine Waren jetzt zu günstigeren Bedingungen in den Verkehr bringen kann, um sich dadurch das den Gegenstand des treibenden Interesses bildende Gut, das Mehr an Geld, zu verschaffen. Man findet also dieselbe komplizierte Beziehung zwischen Unterlassensleistung und Befriedigung des endlichen Interesses wie im Fall des Firmenkaufs.

Darum kann man auch nicht **das** als einen Grund gegen die Gleichstellung von positiven und negativen Verbindlichkeiten anführen, daß die Befriedigung eines Interesses durch Nichttun undenkbar sei, weil die negative Leistung nur die Voraussetzung zu positivem Genuß sein könne. Führen doch auch die positiven Schuldpflichten häufig nur durch ein oder mehrere Mittelglieder zum Endziele, zu dem Genuß, um dessen Erreichung willen sie eingegangen worden sind und erst ihren Wert erhalten. Mögen auch bei Unterlassungspflichten meist mehr Mittelglieder als bei positiven vorhanden sein, einen begrifflichen Unterschied mag das füglich nicht zu rechtfertigen[2]).

Hervorzuheben wäre noch, daß man unter dem „Erfolg" der Obligation gewöhnlich nicht die Befriedigung des Interesses im eben dargelegten Sinne begreift, sondern vielmehr die Erfüllung der Verpflichtung an sich[3]). Man unterscheidet demgemäß einen doppelten Zweck, den unmittelbaren **„Erfolg"** und den mittelbaren **„Endzweck"**[4]). Bei Unterlassungspflichten besteht der so gekennzeichnete

---

[1]) Beispiel v. Scheys: S. 370.
[2]) So von Schey: S. 375.
[3]) Lesser: a. a. O. S. 84 f.
[4]) Lehmann: a. a. O. S. 56 und S. 204

„Erfolg“ in dem durch die innere Unterlassung bewirkten äußeren Untätigsein, der Erfüllung der Unterlassungspflicht, oder in einem weiteren Sinne schon in der aus dem Untätigsein folgenden „Nichtveränderung eines äußeren Zustandes“. Boehmer[1]) geht noch einen Schritt weiter und bezeichnet als Erfolg die durch die Untätigkeit des Schuldners begründete Sicherung des Gläubigers, die darin besteht, daß er nun zu eigenem ungestörten Tun befähigt ist. Der „Endzweck der Obligation“ ist dann die Befriedigung des Gläubigerbedürfnisses, also das ungestörte Arbeiten des Gläubigers selbst infolge der Unterlassung des Klavierspielens, die gewinnbringenden Geschäftsabschlüsse infolge der Enthaltung des Schuldners vom Wettbewerb.

Bedeutsam ist es, daß bei Unterlassungspflichten der Endzweck immer mit in den Inhalt des Schuldverhältnisses aufgenommen wird, was sich z. B. darin äußert, daß beim Interessefortfall — z. B. der Aufgabe des Geschäftes durch den Gläubiger des Konkurrenzausschließungsvertrages oder der Abreise des Zimmernachbars, der das Klavierspielen verboten hatte, — die negative Obligation erlischt[2]).

Um einen letzten Einwand aus dem Wege zu räumen, sei darauf hingewiesen, daß zwar bei negativen Verbindlichkeiten zwischen Unterlassung und Erfolg eine **ursächliche Beziehung** in naturwissenschaftlichem Sinne nicht vorliegt. Das wird vom Recht aber auch garnicht gefordert[3]), und man darf darum nicht behaupten, die Unterlassungsverbindlichkeit könne nicht die Herbeiführung eines Erfolges bezwecken. Im Rechtssinne ist vielmehr die Unterlassung schon dann ursächlich für eine äußere Wirkung, wenn das entgegengesetzte Tun den Erfolg nach der Lebenserfahrung verhindert hätte, es genügt, daß sie einen notwendigen, negativen Faktor im Kausalverkauf darstellt, m. a. W. daß bei ihrem Nichtsein die Wirkung ausgeblieben wäre[3]).

ß) Notwendigkeit des animus solvendi?

Steht somit fest, daß auch die Unterlassungsverbindlichkeit auf einen den Gläubiger begünstigenden Erfolg abzielt, so ist damit die Erfüllbarkeit der Unterlassungspflicht noch nicht bewiesen.

Die Gegenmeinung beruft sich darauf, daß das zweite Tatbestandsmerkmal der Erfüllung, der animus solvendi bei negativen Pflichten vielfach nicht vorhanden sei[4]).

Nun ist zwar, wie oben nachgewiesen, am Erfordernis des Erfüllungswillens — wenigstens bei positiven Pflichten — grundsätzlich festzuhalten. Jedoch erscheint es verfehlt, den animus solvendi von vorneherein auch zur Voraussetzung für die Erfüllung negativer Pflichten zu machen und dann, etwa wie Stephan[5]), zwischen erfüllbaren und nichterfüllbaren

---

[1]) Boehmer: a. a. O. S. 13.

[2]) Boehmer: S. 14 f.; Boehmer hält m. E. allerdings nicht genügend den Erfolg = Erfüllung und die Erreichung des Endzweckes = Interessenbefriedigung auseinander; vergl. nächste Seite zu Anm. 3.

[3]) Vergl. Schrage: a. a. O. S. 39; Allfeld: a. a. O. S. 115.

[4]) So bes. Stephan: a. a. O. S. 31 ff., 35 ff.

[5]) Stephan: a. a. O. S. 45.; vergl. auch Lesser: S. 29 a. E. und oben S. 45 zu Anm. 2.

Unterlassungspflichten zu unterscheiden. Die Lösung Stephans ist schon aus dem Grunde bedenklich, weil der äußere Beobachter nie feststellen kann, ob das Verhalten des Schuldners auf einem Willensentschluß beruht oder nicht. Weshalb man schließlich gar die Fälle, in denen der Schuldner im Bewußtsein seiner Verpflichtung zur Tat drängende Willensreize unterdrückt, also willentlich seine Schuld tilgt, nicht als Erfüllung ansehen soll[1]), ist erst recht nicht einzusehen.

Die Eigenart der Unterlassungspflichten rechtfertigt eine besondere Behandlung in diesem Punkte. Das Nichttun muß, auch wenn es sich nicht als bewußt auf Schuldtilgung gerichtetes Verhalten darstellt, gleichwohl als Erfüllung angesehen werden. Die Sachlage bei positiven und negativen Pflichten ist eben grundverschieden.[2])

Bei positiven Verbindlichkeiten ist ein berechtigtes Interesse des Schuldners daran, daß er einer der geschuldeten Leistung entsprechenden Handlung eine andere Zweckbestimmung als Erfüllung geben kann, nicht zu leugnen. Dagegen kommt bei negativen Pflichten dieser Gesichtspunkt nicht in Frage[3]). Weiterhin läßt sich bei positiven Verbindlichkeiten aus der besonders abgegebenen Willenserklärung des Schuldners oder doch ohne weiteres aus den Umständen, unter denen der Schuldner die Leistungshandlung ausführt, immer erkennen, ob diese mit Bezug auf die Obligation vorgenommen ist oder nicht. Bei negativen Verbindlichkeiten ist dagegen eine objektiv erkennbare Beziehung zwischen der Leistung, dem Unterlassen und der zu tilgenden Schuld nicht denkbar[4]) Wie soll man sich etwa eine mit jedem Unterlassungsakte verbundene Willenskundgebung des Schuldners, daß er sich zum Zwecke der Erfüllung seiner Pflicht so verhalte, vorstellen?! Eine Kennzeichnung der Unterlassung als Erfüllung einer bestimmten Verpflichtung zum Nichttun ist somit gar nicht möglich, „weil bei ihr äußerlich nichts in die Erscheinung tritt, als daß eben nichts geschieht[5])".

Unbilligkeiten infolge der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit des Unterlassenden bezw. des Gläubigers der Unterlassungsverbindlichkeit können im Gegensatz zur Lage bei positiven Pflichten nicht entstehen. Ebensowenig sind Fälle denkbar, in denen eine Anfechtung der Unterlassung wegen Willensmangels, etwa wegen Unkenntnis über das Nichtmehrbestehen der Schuld, als gerecht und billig erscheinen könnte, denn das Nichttun ist nicht mehr rückgängig zu machen, und für die Zukunft kann der als Schuldner in Anspruch Genommene sich anders helfen.

---

[1]) So O. Fischer: a. a. O. S. 72; Hölder: Ansprüche und Einreden. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 93, S. 1 ff., S. 54; Pagenkämper: a. a. O. S. 17.

[2]) Der Gesichtspunkt wird m. E. von Boehmer (vergl. bes. S. 79) zu Unrecht vernachlässigt.

[3]) Lehmann: a. a. O. S. 211.

[4]) Lehmann: a. a. O. S. 210; Ullrich: a. a. O. S. 222.

[5]) Lehmann: a. a. O. S. 210.

Endlich interessiert es auch den Gläubiger nicht, ob das Nichttun des Schuldners gerade willentlich geschah. Sein Interesse erschöpft sich darin, daß der Schuldner überhaupt „nicht handelt". Ob er „freiwillig oder gegen seinen Willen, bewußt oder unbewußt animo solvendi oder animo donandi unterläßt, das Interesse des Gläubigers wird stets in gleich vollkommener Weise befriedigt allein durch die objektive Tatsache des Nichtgeschehens. Der Erfüllungswille ist für ihn vollkommen bedeutungslos"[1]).

Eine Unterscheidung der Unterlassung animo donandi von der Unterlassung animo solvendi ist praktisch ohne Bedeutung; denn es ist, anders als bei positiven Leistungen, ausgeschlossen, daß ein negatives Verhalten, das der geschuldeten Unterlassung entspricht, wiederholt mit verschiedenem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zweck vorgenommen werden kann. Unterläßt der Schuldner animo donandi, so hängt der Fortbestand der Gegenleistungspflicht des Gläubigers davon ab, ob dieser in entsprechender Absicht die Vorteile der Unterlassung genießt, oder ob er sie als Frucht seines Forderungsrechtes betrachtet. Im ersten Falle erlischt seine Gegenleistungspflicht infolge eines Verzichtvertrages, denn nur so ist alsdann das Verhalten der Parteien rechtlich zu werten. Im anderen Falle bleibt sie bestehen, da ein einseitiger Verzicht auf ein Forderungsrecht nicht möglich ist, der Wille des Schuldners der Eigenart dieses Falles entsprechend aber nur als Wille, auf die Gegenleistung zu verzichten, aufgefaßt werden kann.

§ 362 BGB. ist, wie der Wortlaut ergibt — „Bewirkung der Leistung an den Gläubiger" —, nur auf positive Verbindlichkeiten zugeschnitten[2]). Denn eine Beziehung zwischen der Vornahme der Leistung und der Person des Gläubigers, wie sie hier ausgedrückt wird, ist bei Unterlassungspflichten nicht möglich. Darum darf man also aus den Worten: „Bewirkung der **geschuldeten** Leistung" nicht auf die Notwendigkeit des Erfüllungswillens auch bei Unterlassungspflichten schließen[2]).

Anderseits ist aber auch ein Umkehrschluß aus der Fassung des § 362 auf die Nichterfüllbarkeit der Unterlassungspflichten nicht am Platze. Zutreffend weist demgegenüber Knigge[3]) auf den § 345 BGB. hin, in dem unzweideutig von der Erfüllung der geschuldeten Unterlassung die Rede ist.

Da die praktisch wirtschaftlichen- und Billigkeitsrücksichten, die die Notwendigkeit des Erfüllungswillens bei positiven Verbindlichkeiten begründen, bei negativen Verbindlichkeiten nicht in Betracht kommen, der animus solvendi aber rein begrifflich nicht zur Erfüllung gehört, darf man ihn auch für die Erfüllung der Unterlassungspflichten nicht verlangen und etwa aus diesem Gesichtspunkte die Erfüllbarkeit dieser Pflichten ablehnen[4]).

---

[1]) Lehmann: a. a. O. S. 212; Ullrich: a. a. O. S. 222 f.
[2]) Ullrich: a. a. O. S. 220.
[3]) Knigge: a. a. O. S. 32.
[4]) wie Stephan: vgl. oben S. 52 a. f.

Nicht richtig ist es übrigens, wie Boehmer[1]) die Erfüllbarkeit der negativen Verbindlichkeiten schon aus dem Dasein einer **Willensbindung** überhaupt begründen zu wollen. Hier kommt es doch gerade darauf an, ob die **Lösung** der Willensgebundenheit auf einem Willensakt oder lediglich auf der Erfüllung des äußeren Tatbestandes der realen Leistung, besser der Wirkung, die das Gesetz an diesen Tatbestand knüpft, beruht[2])!

Von dem Erfüllungswillen, dem Willen mit dem Nichttun einer bestimmten Verpflichtung nachzukommen, ist der zur **Unterlassung an sich gehörende Wille**[3]), die „innere Willenstat", zu unterscheiden. Wo jener fehlt, wird auch dieser meist nicht anzutreffen sein. Dann haben wir die Erscheinung, daß die Unterlassungspflicht erfüllt wird, ohne daß eine Unterlassung — in dem Sinne des Begriffs, wie er sich vom Standpunkt des Schuldners aus ergibt, — erfolgt ist. Das liegt im Wesen der Unterlassungspflicht begründet. Inhalt dieser Pflicht ist es zweifellos, daß der Schuldner die zur Tat drängenden Reize unterdrücken soll, ihr Zweck aber ist die Nichtveränderung eines Zustandes. Bei positiven Verbindlichkeiten entspricht nun dem — positiven — Willensakt ein positiver Erfolg, eine äußere Handlung, Änderung der Außenwelt; bei Unterlassungsverbindlichkeiten aber bewirkt der — positive — Willensakt einen negativen Erfolg, ein äußeres Untätigsein und weiterhin Nichtveränderung eines Zustands in der Außenwelt. Der tiefere Grund dafür liegt darin, daß im Verbot ein Gebot steckt und daß jede Willensregung positiv ist.

Da also der „Erfolg" der Unterlassungspflicht, die äußere Untätigkeit des Schuldners anders als die mit positiven Pflichten bezweckte Änderung in der Außenwelt auch ohne Willensaktion erreicht werden kann, so wäre es unvernünftig, zur Erfüllung der Unterlassungspflicht unbedingt den „Tatwillen" zu verlangen. Die reine äußere Passivität, der Ruhezustand des Menschen, und das Unterlassen als bewußtes Nichttätigwerden unterscheiden sich in ihrer Wirkung nach außen nicht[4]). Der Tatwille ist also ebensowenig wie der animus solvendi integrierender Bestandteil der Erfüllung der Unterlassungspflicht, denn man kann diese nicht von etwas abhängig machen, was sich objektiv gar nicht feststellen läßt.

---

[1]) Boehmer: a. a. O. S. 34 u. S. 80.

[2]) vgl. dazu Lenel: Iherings Jahrb. Bd. 19, S. 229 ff. Richtig macht auf den Unterschied zwischen Willensbindung und Lösung derselben aufmerksam Kretschmar: S. 141.

[3]) Vgl. oben S. 38; der Unterschied wird von Boehmer S. 54 richtig erkannt.

[4]) Vgl. dazu oben S 53 u. Lesser: S. 30—31. Der Abschluß eines Vertrages, der den Schuldner zum Unterlassen verpflichtet, ist für den Gläubiger ein „gewagtes Geschäft", da der Erfolg evtl. auch ohne Verpflichtung eingetreten wäre. Ist der Erfolg in Folge des Verhaltens des Schuldners eingetreten, so muß jedoch in jedem Falle Erfüllung angenommen werden, denn eine Verbindlichkeit, die am Ende der Verpflichtungszeit weder erfüllt, noch nichterfüllt ist, ist ein Nonsens (vgl. oben S. 45 zu Anm. 2).

Es gibt bei Unterlassungsverbindlichkeiten gewissermaßen zwei Arten von Erfüllung, eine schwächere und eine stärkere, denn in den meisten Fällen werden tatsächlich Anreize zur Tat vom Schuldner niedergekämpft werden, dann wird so gut wie immer auch zugleich der animus solvendi vorliegen. Notwendig ist er also jedenfalls nicht.

Zum selben Ergebnis wie wir gelangt Lehmann[1]), indem er als Erfüllung jedes der Norm, dem Leistungsgebot oder -verbot entsprechende **äußere** Verhalten ansieht, den ursächlichen Willen also zum sekundären Moment macht, das fehlen kann, wenn nur das „primäre" Moment, das äußere Verhalten, vorhanden ist.

α) Erfüllung oder Erlöschen durch Zeitablauf?

Ein anderer Einwand gegen die Erfüllbarkeit der Unterlassungspflicht ist von **Stammler**[2]) erhoben worden. Er vertritt die Ansicht, das auf eine Unterlassung gerichtete Schuldverhältnis erlösche nicht durch Unterlassung, sondern durch Ablauf der Zeit, für die es eingegangen sei Dabei geht er allgemein von einem Gegensatz zwischen Schuldverhältnis und Forderung aus. Durch die Erfüllung gehe nicht das Schuldverhältnis, sondern jeweils eine Einzelforderung unter. Zur Begründung seiner Auffassung führt er den folgenden Fall an:

„Hat sich jemand zur Unterlassung einer geräuschvollen Hantierung auf dem Nachbargrundstück verpflichtet, so geht durch die Vornahme der geschuldeten Leistung, also die Vermeidung des Geräusches, das Schuldverhältnis gerade nicht unter. . . . Mit dem Erreichen des auflösenden Termins endigt das Schuldverhältnis sowieso, ganz gleich, ob die nach ihm vorzunehmende negative Leistung wirklich vorgenommen ist oder nicht, das dauernde Unterlassen kann als vollständige Leistung dazu kommen, ist aber dann zufällig und ist in sich unnötig . . . ."

Demgegenüber hat Lehmann[3]) zunächst angeführt, daß Schuldverhältnisse auf **einmalige** Unterlassung keineswegs selten sind. Man denke z. B. an das pactum de non licitando, die Duldung eines Eingriffs gegenüber einem Wegnahmerecht, die Stimmenthaltung usw. Wenn Stammler nun meint, daß selbst diese „kaum vorkommenden" Schuldverhältnisse, die auf eine „einfache" Leistung gerichtet sind, nicht durch Befriedigung des Gläubigers, sondern durch Zeitablauf untergehen, so setzt er sich mit seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch[4]).

---

[1]) **Lehmann**: a. a. O. S. 208.

[2]) **Stammler**: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum BGB. Berlin 1897. S. 215 ff.

[3]) **Lehmann**: a. a. O. S. 207.

[4]) Hätte er recht, dann müßte auch das auf positive Fixleistung gerichtete Schuldverhältnis nicht durch Erfüllung, sondern Zeitablauf untergehen.

Aber auch die Grundlagen der Meinung Stammlers sind unrichtig. So betont Lehmann[1]) mit Recht, daß es einen Gegensatz zwischen Schuldverhältnis und Einzelforderung im Sinne Stammlers nicht gibt und das „Schuldverhältnis" begrifflich sowohl die Einzelforderung als auch ein aus mehreren Einzelforderungen zusammengesetztes Schuldverhältnis bedeuten kann. Im § 362 BGB. ist unter „Schuldverhältnis" beides zu verstehen, er bezieht sich sowohl auf die Erfüllung der Einzelforderung als auch auf die des Schuldverhältnisses im ganzen, d. h. auf die Erfüllung aller aus dem Schuldverhältnisse entspringenden Haupt- und Nebenforderungen insgesamt. Zudem handelt es sich bei Verbindlichkeiten auf dauernde Unterlassung gar nicht um zusammengesetzte Schuldverhältnisse, sondern um Obligationen, die sich in einer Einzelfordernng auf dauerndes Unterlassen erschöpfen.

Den Fehler Stammlers hat Otto v. Gierke[2]), der in neuerer Zeit dessen Theorie für alle Dauerschuldverhältnisse wieder aufgenommen hat,[3]) vermieden. Die auf einmalige Unterlassung gerichtete Verbindlichkeit läßt er darum durch Erfüllung erlöschen. Die Unterlassungspflichten sind aber, so führt er aus, „auf dauernde Erfüllung angelegt und erlöschen darum nicht durch Erfüllung"[4]). Es ist aber doch nicht einzusehen, warum ein Dauerschuldverhältnis nicht durch andauernde Erfüllung nach und nach untergehen oder, wie Lehmann[5]) sich ausdrückt, „mit fortschreitender Zeit nach Maßgabe der Leistungsbewirkung allmählich absterben soll".

Das Schuldverhältnis, das die Erteilung von täglich einer Klavierstunde für die Dauer eines Monats zum Inhalt hat, ist, nachdem am 15. des Monats 15 Stunden gegeben sind, noch dasselbe Schuldverhältnis wie am Anfang. Aber es äußert Kraft nur noch bezüglich der ausstehenden 15 Stunden, der Rest ist eine leere Hülle. Es ist wie mit einem Scheckblock. Wenn ich die Hälfte der Blätter abgetrennt habe, so ist, was mir nun noch bleibt, immer noch ein Scheckblock. Erst dadurch ich das letzte Blatt ablöse, büßt er seine Existenz ein.

Und noch eins! Ist die für die Unterlassung gesetzte Zeit abgelaufen, ohne daß ich meiner Pflicht nachgekommen bin, so ist das Schuldverhältnis doch keineswegs damit aus der Welt geschafft, es äußert sich vielmehr mit unvermindeter Kraft in einem Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung!

Diesen Einwand hat auch Krückmann[6]), der sich früher ohne Einschränkung zu der hier bekämpften Lehre bekannte, als berechtigt

---

[1]) Lehmann: a. a. O. S. 207.
[2]) Otto v. Gierke: Dauernde Schuldverhältnisse. Iherings Jahrb. Bd. 64 S. 355 ff.
[3]) Derselben Ansicht auch Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. Leipzig 1912. S. 419 und Iherings Jahrb. Bd. 66 S. 1 ff.
[4]) v. Gierke: a. a. O. S. 367.
[5]) Lehmann: a. a. O. S. 207.
[6]) Iher. Jahrb. 66 S. 1 ff., besonders S. 3.

anerkannt. Er hat daraufhin die Theorie Gierkes berichtigt, indem er zugibt, daß es auch bei den Unterlassungsverbindlichkeiten eine Erfüllung gibt. Zwar komme, so lehrt er, für den Untergang des Erfüllungsanspruchs nur der Zeitablauf in Betracht, die Erfüllung selbst sei ohne Einfluß auf ihn. Aber für die „rechtsbedingt mit dem Erfüllungsanspruch entstandenen Ersatzansprüche" sei die Erfüllung von entscheidender Bedeutung; denn sie bedeute eben nichts anderes, als den Ausfall der Rechtsbedingung für die Entstehung der Ersatzansprüche[1]). — Für unsere Untersuchung genügt die Feststellung, daß auch nach der Ansicht Krückmanns die Unterlassungspflichten erfüllt werden können.

Die Beweisführung Stammlers und seiner Anhänger vermag also nicht zu überzeugen.

Die Erfüllbarkeit der Unterlassungspflicht dürfte nunmehr hinreichend bewiesen sein[2]).

---

2. Anwendung der gewonnenen Ergebnisse.

aa) Die rechtlich-logische Stellung der Erfüllungsgehilfenschaft zum System der Obligation und ihre Erfüllung.

Wir haben nunmehr zu betrachten, in welcher rechtlichen Form dritte Personen Einfluß auf die Obligation und ihre Erfüllung gewinnen können, oder anders ausgedrückt, wie sich die Vorschrift des § 278 BGB. in das im vorigen gewonnene System der Obligation und ihrer Erfüllung einfügt, und insbesondere, ob auch der Aufbau der Unterlassungsverbindlichkeit und der Tatbestand ihrer Erfüllung Raum läßt für eine die Haftung für dritte Personen anordnende Gesetzesbestimmung.

Mit dem **Verpflichtungs-** oder **Willenselement** des Schuldverhältnisses kann naturgemäß ein Dritter nicht in Berührung kommen. Auch der Erfüllungsgehilfe beeinflußt die Obligation nur vermöge der Wirkung der Erfüllung im objektiven Sinne der **Verwirklichung des Habensollens.**

Am besten läßt sich das an einem Vergleich der Tatbestände des § 278 und des § 267 BGB. erkennen.

---

[1]) Nach der Lehre Krückmanns ist der Zeitablauf nicht notwendiger Erlöschungsgrund für das negative Schuldverhältnis. Nur wenn infolge Erfüllung keine Ersatzansprüche entstehen, führt er aus, geht mit dem Ablauf der Zeit das Schuldverhältnis unter. M. E. ist damit schon eingeräumt, daß das neg. Schuldverhältnis als Ganzes allein durch Erfüllung und nie durch Zeitablauf untergeht. Denn bei der Unterlassungsverbindlichkeit ist wegen des Fixcharakters dieser Pflicht im Begriff der Erfüllung das Moment des Zeitablaufs schon enthalten. Darum erlischt nicht der Erfüllungsanspruch durch Zeitablauf und der Rest der Obligation durch Erfüllung, sondern schon die Erfüllung allein bewirkt den Untergang des Schuldverhältnisses im Ganzen. Nur wenn die Unterlassungspflicht nicht erfüllt wird, erlischt das Schuldverhältnis aus anderen Gründen, und zwar möglicherweise auch durch Zeitablauf.

[2]) Zu diesem Ergebnis kommen auch Lehmann: a. a. O. S. 204 bis 219; Kretschmar: a. a. O. S. 137-144; Boehmer: a. a. O. S. 10-15, 32-34 und 80; Ullrich: a. a. O. S. 219-224; Knigge: a. a. O. S. 31-35.

Daß in dem Falle des § 267 BGB. der „Leistung“ des Dritten eine Beziehung zum Inhalt des Schuldverhältnisses, der Verpflichtung, nicht immanent ist, ergibt sich schon aus der Natur der Verpflichtung als dem persönlichen Element der Obligation[1]). Der Dritte wird also von dem aus dem Schuldverhältnis hervorgehenden Pflichtgebot nicht getroffen. Darum bewirkt die Drittleistung auch nicht Erfüllung des Schuldverhältnisses, sondern dieses endigt durch „Zweckerreichung“[2]). Während aber der Dritte hier wenigstens insofern in eine psychische Beziehung zur Obligation tritt, als er seinen Willen bewußt darauf richtet, die fremde Schuld zu tilgen, ist beim Erfüllungsgehilfen noch nicht einmal davon die Rede. Äußerlich ist das Verhalten des Dritten in den Fällen des § 267 und § 278 BGB. dasselbe. Der innere Unterschied der beiden Tatbestände besteht darin, daß der Dritte einmal selbständig seinem Willen die Richtung gibt, das andere Mal aber seinen Willen dem des Schuldners unterwirft, oder bildlich ausgedrückt, sich zum Werkzeuge des Schuldners erniedrigt. Der Wille des letzteren stellt sich im Falle des § 278 BGB. herrschend und richtungsweisend über den des Gehilfen und wird dadurch zur psychischen Ursache für den Eintritt des Obligationserfolges. So endigt das Schuldverhältnis hier durch Erfüllung und nicht durch Zweckerreichung; der Wille des Schuldners, durch den Dritten erfüllen zu wollen, stellt die Verbindung zwischen dem Tun des Gehilfen und der Verpflichtung her[3]). Darin liegt auch der tiefere Grund dafür, daß § 278 BGB. auch in Fällen angewandt wird, in denen dem Gehilfen die Verbindlichkeit des Schuldners gar nicht bekannt war; es genügt eben, daß er objektiv den Erfolg hergestellt, und subjektiv das „mit Willen des Schuldners“ getan, d. h. dem Willen des Schuldners Macht über seinen eigenen Willen gewährt hat.

So ist klar, daß der Dritte am Willens- und Pflichtelement der Obligation auch im Falle des § 278 BGB. keinen Anteil hat[4]).

> Er ist nur am **„Leistungserfolg“**, nicht am **„Schuldtilgungseffekt“** beteiligt. Hinsichtlich der Stellung des Erfüllungsgehilfen gilt dasselbe, was Kretschmar[5]) über den Tatbestand des § 267 BGB. ausführt: „Für die Lehre von der Leistungspflicht, d. h. für den Inhalt der Obligation hat die Erfüllungsgehilfenschaft keine Bedeutung, sondern nur für die Lehre von der Tilgung des Schuldverhältnisses. Erst vermöge der Tilgung der Obligation wirkt sie zurück auf die Verpflichtung, indem sie diese zum Erlöschen bringt.“

---

[1]) Ebenso Kretschmar: S. 37 ff.; Boehmer: a. a. O. S. 86 f.; vergl. auch Windscheid: a. a. O. S. 250 Note 2: „Ich möchte glauben, daß in allen Fällen, wo die Obligation durch ein Bekommen des Gläubigers getilgt wird, welches nicht direkt oder indirekt vom Schuldner ausgeht, dies eine Konsequenz nicht aus dem **Begriff**, sondern aus dem **Zweck** der Obligation sei“.

[2]) So entgegen der h. M. Boehmer S. 22; Kretschmar S. 123 ff; Krückmann Iher. Jahrb. Bd. 59 S. 29 u. 55.

[3]) Der Gehilfe braucht also zur Person des Schuldners nicht in dessen Eigenschaft als Schuldner in Beziehung zu treten.

[4]) Ebenso eine Bemerkung Wüstendörfers: a. a. O. S. 7 und Béranger: a. a. O. S. 82.

[5]) Kretschmar: a. a. O. S. 126 ff.

bb) Die rechtlich-logische Stellung der Personen, die mit Willen des Schuldners Einfluß auf die Erfüllung der Unterlassungsverbindlichkeit besitzen, zum Inhalt der Unterlassungsverbindlichkeit und zum Tatbestand ihrer Erfüllung und die Folgerungen, die sich daraus für die Anwendbarkeit des § 278 BGB. ergeben.

Bei Unterlassungsverbindlichkeiten ist auch eine unmittelbare Teilnahme von dritten Personen am objektiven, äußeren Tatbestand der Erfüllung oder der Leistungshandlung unmöglich. Denn der „Erfolg" besteht hier in einem Verhalten, dem äußeren Untätigsein des Schuldners, das häufig einen Willensentschluß auf Unterdrückung entgegenstehender innerer Reize voraussetzt, den natürlich nur der Schuldner fassen kann.

Die andere Auffassung, insbesondere Bérangers, ist schon oben[1]) zurückgewiesen worden. Hier sei nur noch einmal betont, daß Erfüllungsgehilfe ist, wer einen **Teil** der Erfüllungstätigkeit ausführt, wer ganz oder zum Teil **für** den Schuldner leistet. Die geforderte Untätigkeit des Schuldners läßt sich aber weder ganz noch teilweise von einem andern erledigen; denn die notwendige Konsequenz wäre dann, daß der Schuldner für diesen Teil nicht zu erfüllen brauchte, also zuwiderhandeln dürfte! Man muß sich das Verhalten des Schuldners bei positiven Pflichten einmal losgelöst aus dem Zusammenhange mit der Tätigkeit des Gehilfen ansehen. Alsdann erscheint es nämlich als **Nichterfüllung.** Erst dadurch, daß man es in den Zusammenhang stellt mit der Handlungsweise des Gehilfen, erhält man als Gesamttatbestand die Erfüllung. Das Bindeglied ist der das Tun des Gehilfen beherrschende Wille des Schuldners[2]).

Diese Situation läßt sich aber bei Unterlassungspflichten nicht denken. Man nehme an, der Schuldner habe einen Dritten angewiesen, die verbotene Handlung zu unterlassen. Es genügt nun im Gegensatz zu der Lage bei positiven Verbindlichkeiten nicht der Wille des Schuldners, das Unterlassen des **Dritten** solle die Erfüllung sein, damit sich in Verbindung mit der tatsächlich geübten Unterlassung des Dritten der Erfüllungstatbestand ergibt. Vielmehr muß auch hier das äußere Verhalten des **Schuldners** für sich besehen den vollen ungeteilten Erfüllungstatbestand ergeben, dürfte sein Benehmen an sich betrachtet auch hier Nichterfüllung sein, so würde auch der gleichzeitige Wille des Schuldners, die Unterlassung des andern solle die Erfüllung sein, nicht verhindern, daß die eigene als Nichterfüllung, also Zuwiderhandlung, erscheinende Handlungsweise die Nichterfüllung überhaupt zur Folge hätte!

---

[1]) vgl. oben S. 26 ff. u. 28 ff.
[2]) vgl. oben S. 59.

Es wird wohl von niemandem bestritten werden, daß § 267 BGB. bei Unterlassungsverbindlichkeiten kein Anwendungsgebiet finden kann. Da sich aber, wie gezeigt, der Tatbestand des § 267 BGB. von dem des § 278 BGB. nur dadurch unterscheidet, daß im letzteren Falle das äußerlich gleiche Verhalten des Dritten kraft des Solutionswillens des Schuldners zur Erfüllung wird, der animus solvendi aber andererseits nicht konstitutives Merkmal der Erfüllung der Unterlassungspflicht ist, ergibt sich auch aus diesem Grunde die Unmöglichkeit einer Erfüllungsgehilfenschaft in dem Sinne, wie sie der nur auf positive Verbindlichkeiten zugeschnittene § 278 BGB. im Auge hat.

Die Erfüllung ist Verwirklichung des Inhalts der Obligation. Inhalt der Unterlassungsverbindlichkeit ist aber die Unterlassung **des Schuldners**[1]). Darum kann die Unterlassung eines andern nie Erfüllung sein! Daß trotzdem die Unterlassungspflicht nicht notwendig eine „**höchstpersönliche**" Pflicht ist, wird dadurch nicht in Frage gestellt. Die Unterlassungspflichten sind in einem anderen Sinne mit der Person verbunden wie die technisch „höchstpersönlichen Pflichten". Eine Unterlassungspflicht ist nur dann höchstpersönlich im technischen Sinne, wenn der **Erfolg der verbotenen Handlung** in der für den Gläubiger maßgebenden Wirkung nur von der Person des Verpflichteten herbeigeführt werden kann[2]). Im übrigen aber ist die Unterlassungspflicht übertragbar, sie kann auf den Erben und den Rechtsnachfolger im Geschäft (HGB. § 25) oder im Grundstückseigentum durch Schuldübernahme übergehen. Aber darum ist nicht die **Unterlassung** auf Dritte abwälzbar, während die **Pflicht** beim Schuldner bleibt!

Die Unterlassung wird stets unter einer solchen Konstellation der Umstände geschuldet, in der das Nichttun des Schuldners allein die Erhaltung oder Herbeiführung eines dem Gläubiger günstigen Zustandes bedeutet[3]). Ändert sich die bei der Übernahme der Unterlassuugspflicht in der realen Welt bestehende konkrete Sachlage, so verliert allgemein das Nichthandeln des Schuldners völlig die ihm anfänglich zukommende wirtschaftliche Bedeutung.

Hat z. B. der Kaufmann A. seinen Handlungsgehilfen B. verpflichtet, im Falle des Austritts aus seinem Geschäft nicht in das Konkurrenzunternehmen des C. einzutreten, und gibt A., nachdem B. das Dienstverhältnis gelöst hat, sein Geschäft auf, so kann mit dem Nichteintritt des B. in das Unternehmen des C. nicht mehr der ursprünglich

---

[1]) Wenn der Schuldner sich ausdrücklich außer zur eigenen Unterlassung auch dazu verpflichtet, daß seine Angestellten, Angehörigen oder Rechtsnachfolger usw. ebenso unterlassen wie er, liegt ein Garantievertrag vor und die Haftung des Schuldners tritt schon aus diesem Vertrage ein. Für den § 278 besteht insoweit gar kein Anwendungsgebiet.

[2]) Vgl. das erste Beispiel oben S. 15.

[3]) Ähnlich **Pagenkämper**: a. a. O. S. 4.

bezweckte Erfolg erreicht werden. — Und wenn der Geschäftsinhaber D., der sich einem andern Kaufmann gegenüber verpflichtet hat, gewisse Waren nicht unter einem vereinbarten Mindestpreise abzusetzen, nachträgliche Hilfskräfte als Verkäufer in seinem Laden einstellt, die nun unter dem festgesetzten Preise verkaufen, so hat seine eigene Unterlassung offenbar nicht mehr die Bedeutung, die sie zur Zeit des Vertragsabschlusses hatte. Ob hier dem Sinne des Vertrages nach auch die Angestellten von dem Verbot mitbetroffen werden sollten, wird sich zumindest nicht in allen Fällen eindeutig ergeben[1]).

Ein weiteres Beispiel:

K. verpflichtet sich, in den nächsten drei Monaten in seinem Zimmer nicht Klavier zu spielen. Nach 14 Tagen kommen seine Kinder in die Ferien heim und wechseln sich im Klavierspiel gegenseitig ab. Bildet die Unterlassung des K. hier noch das in der Obligation verlangte Verhalten? — Schließlich: K. verspricht, ein an seinem Hause von L. angebrachtes Werbeschild in den nächsten 5 Jahren nicht zu entfernen. Nächtliche Straßenpassanten reißen das Schild ab. Nach Ablauf der 5 Jahre kann K. von sich sagen, er habe das Schild nicht entfernt, aber etwa auch, er habe seine Unterlassungspflicht erfüllt?

Die angeführten Beispiele zeigen zur Genüge, daß eine nachträgliche Verschiebung in der ursprünglichen Kombination der Umstände die Vereitelung oder zumindest eine Gefährdung des Obligationszweckes bedeutet. Man ersieht aber aus ihnen auch, daß jede Unterlassungsverbindlichkeit unter der selbstverständlichen Bedingung eingegangen wird, daß nicht eine solche Änderung der ursprünglichen Sachlage eintritt, die die Unterlassung, wie z. B. im vierten Falle, als gegenstandslos erscheinen läßt. Es kommt also auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des bestimmten äußeren Untätigseins an sich allein nicht an, sondern auch darauf, ob die anfänglich mit diesem Untätigsein unmittelbar verknüpfte Gestaltung der Dinge in der Außenwelt ebenfalls Bestand behält. Tritt hier eine solche nachträgliche Verschiebung ein, die den Obligationszweck vereitelt, wie etwa im vierten Beispielsfalle, so kann nun weder erfüllt noch nicht erfüllt werden, die Unterlassung ist juristisch unerheblich geworden und das Schuldverhältnis zumindest in seiner ursprünglichen Gestalt erloschen[2]).

Nicht so ist die Rechtslage, wenn der Obligationszweck noch nicht vereitelt, sondern seine Erreichung nur gefährdet ist, wie z. B. im zweiten und dritten der angeführten Fälle, solange die eingestellten Verkäufer noch nicht unter dem Mindestpreis verkauft und die heimgekehrten Kinder noch nicht Klavier gespielt haben. Das Eigentümliche dieser Fälle liegt darin, daß im Gegensatz zu der anfänglich bestehenden Situation außer dem Schuldner nunmehr auch andere Personen die Möglichkeit zu dem dem Gläubiger unerwünschten Tun erlangt haben.

---

[1]) Das betont mit Recht Krier: S. 5. f.

[2]) Vergl. auch Ullrich: a. a. O. S. 97 ff.; Lesser: a. a. O. S. 118 ff. und Lehmann: a. a. O. S. 223 ff., S. 237.

Damit ist ein Schwebezustand eingetreten, in dem es ungewiß ist, ob die Erfüllung der Verpflichtung möglich bleibt. Handeln die Dritten zuwider[1]), so ist sie — völlig oder teilweise[2]) — **unmöglich geworden,** obwohl die „Leistung" d. h. der in der Obligation verlangte Kraft- und Willensaufwand des Schuldners und der aus seinem Unterlassen an sich resultierende Erfolg, die äußere Passivität des Unterlassenden, möglich geblieben sind.

Das Unterlassen ist aber wegen der veränderten Umstände nicht mehr die Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses, sondern, wirtschaftlich und juristisch betrachtet, etwas ganz anderes. Man führe sich den Fall vor Augen, daß die Angestellten im zweiten der Beispiele (vgl. S. 62 oben) entgegen der Anordnung des Prinzipals und ohne dessen Wissen nach und nach den ganzen Warenvorrat zu einem niedrigeren Preise absetzen, der Prinzipal selbst aber jeden Kaufabschluß unterläßt.

Soll in diesem Falle der Gefährdung des Vertragszweckes die Unterlassung des Schuldners doch noch den angestrebten Erfolg haben, so müssen auch die dritten Personen die verpönte Tätigkeit vermeiden. Daß sie damit aber nicht zu „Erfüllungsgehilfen" im gewöhnlichen Sinne werden, ist schon dargelegt. Jedoch sie bewirken durch ihr Unterlassen die **Erhaltung der Erfüllbarkeit** der Obligation.

Weist nun aber der Schuldner die Dritten an, nicht zuwider zu handeln[3]), so liegt eine der des § 278 BGB. durchaus ähnliche Situation vor. Nicht zur Erfüllung direkt, wohl aber zur Offenhaltung der Erfüllbarkeit bedient sich ihrer alsdann der Schuldner. Die Dritten erbringen also zwar nicht **ein Stück Erfüllung,** aber sie schaffen **notwendige Voraussetzungen** derselben und tragen andererseits unmittelbar zur Befriedigung des den Endzweck der Obligation bildenden Interesses des Gläubigers bei[4]). Die Natur der Sache ergibt, daß nicht die Nichtveränderung eines bestimmten Zustandes schlechthin als Leistung versprochen wird, denn man verpflichtet sich eben im Zweifel nicht zur **Garantie,** d. h. zu einer bedingten Ersatzleistung, sondern nur zur **— eigenen — Unterlassung.**

Bisher war nur von den Fällen die Rede, in denen nachträglich Dritte die Möglichkeit der Zuwiderhandlung erlangten. Die Sachlage ist dieselbe, wenn ihnen von vornherein diese Möglichkeit offen stand. Auch hier ist die Unterlassung der Dritten erforderliche Voraussetzung dafür, daß das Nichttun des Schuldners als Erfüllung gelten kann.

---

[1]) So wollen wir kurz anstatt „die dem Schuldner verbotene Handlung vornehmen" sagen, obwohl es logisch nicht ganz richtig ist, da zuwiderhandeln nur der kann, dem die Handlung schon verboten ist (vergl. Krier S. 27).

[2]) Das hängt von der Art der Unterlassungspflichten, insbesondere davon ab, ob eine einmalige oder dauernde bezw. wiederholte Unterlassung geschuldet ist.

[3]) S. vorletzte Anm.

[4]) Vergl. das Beispiel des Konkurrenzausschließungsvertrages: Dadurch, daß auch die Angestellten des Schuldners Kaufabschlüsse zu verbotswidrigen Preisen unterlassen, tragen sie direkt dazu bei, daß der Gläubiger die Möglichkeit zu gewinnbringenden Geschäften erhält bezw. behält.

Der zwischen positiven und negativen Schuldverhältnissen bestehende Unterschied in der Art und Weise, in der dritte Personen Einfluß auf die Erfüllung erlangen, läßt sich nunmehr dahin zusammenfassen:

Bei positiven Verbindlichkeiten überträgt der Schuldner die Leistungstätigkeit ganz oder zum Teil seinen Gehilfen, dagegen bleibt bei negativen Verbindlichkeiten auch beim Mitwirken dritter Personen das den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildende Verhalten des Schuldners unverändert und ungeteilt durch den Schuldner in Person zu erfüllen. Während es aber, solange dritte Personen keinen Einfluß auf die Erfüllbarkeit besitzen, **volle Erfüllung** ist, bedeutet es, sobald Dritte die Möglichkeit der Zuwiderhandlung haben, nur **bedingungsweise Erfüllung,** nämlich Erfüllung für den Fall, daß jene die verbotene Handlung nicht vornehmen.[1])

Wichtig für unsere Untersuchung ist jedoch die Feststellung, daß auch bei negativen Verbindlichkeiten die Dritten unmittelbar zur Erreichung des Endzweckes der Obligation, zur Befriedigung des treibenden Interesses des Gläubigers mitwirken.

Soweit sie sich gemäß dem Willen des Schuldners **für den Eintritt des schließlichen Obligationserfolges betätigen,** ist darum ihr Verhalten für den Gläubiger **wirtschaftlich** genau so wertvoll wie das der Erfüllungsgehilfen bei positiven Pflichten. Denn Leistung und Erfüllung sind nur um der Befriedigung des der Obligation zu Grunde liegenden Bedürfnisses des Gläubigers willen da, sie sind nur Mittel zum Zweck. Bei Unterlassungspflichten kommt sogar allgemein der Mitwirkung dritter Personen höhere Bedeutung zu als bei Pflichten auf ein Tun. Denn bei positiven Verbindlichkeiten ist die Leistung des Schuldners gewöhnlich schon allein und unabhängig von anderen Tatsachen geeignet, den Endzweck der Obligation herbeizuführen.[2]) Dagegen ist bei negativen Verbindlichkeiten, wenn der Erfolg der Obligation erreicht werden soll, in vielen, ja den meisten Fällen neben der eigenen Unterlassung des Schuldners die Unterlassung

---

[1]) Ein Beispiel kann zur besseren Veranschaulichung dienen: Ein Architekt schuldet den Bau eines Hauses. Er selbst hat nur die Pläne zu liefern, das Material zu besorgen und Arbeiter zu bestellen und anzuleiten, den Rest des zur Erfüllung notwendigen äußeren Tuns erledigen die Maurer- und Zimmerleute usw. als Erfüllungsgehilfen im wahren Wortsinne. Der Architekt hat nur den auf Erfüllung durch diese Gehilfen gerichteten Willen. — Habe ich mich dazu verpflichtet, die Benutzung eines über mein Grundstück laufenden Weges durch einen Nachbar zu dulden, so ist die Unterlassung einer Hinderung nur Erfüllung unter der Voraussetzung, daß nicht einer meiner Angehörigen, den ich von der Pflicht unterrichtet habe, den Nachbar an der Begehung des Weges hindert. — Ebenso ist das Unterlassen von geräuschvollen Hantierungen in meiner Wohnung Erfüllung nur unter der Voraussetzung, daß nicht einer der Hausgenossen die verbotene geräuschvolle Handlung vornimmt.

[2]) Abgesehen natürlich von der zur Befriedigung seines Bedürfnisses evtl. notwendigen Mitwirkung des Gläubigers selbst.

anderer und zwar, worauf es hier ankommt, solcher Personen notwendig, die dem Schuldner die Möglichkeit zu dem diesem verbotenen Tun verdanken. Wer zur Nichtveränderung des dem Gläubigers wertvollen Zustandes beiträgt, der nimmt also, wirtschaftlich beurteilt, die gleiche Stellung ein, wie der, der bei positiven Schuldverhältnissen einen Teil der Leistungshandlung selbst erbringt.

Aber auch unter dem Gesichtspunkte der **rechtlichen** Bewertung ihres Verhaltens ist die Stellung der beiden Personengruppen nicht wesentlich verschieden.

Auch bei positiven Pflichten haben ja die Erfüllungsgehilfen auf die **Leistungspflicht** unmittelbar keinen Einfluß, sondern nur vermöge der Wirkung des objektiven Leistungserfolges. Auch hier steht der Dritte außerhalb des Verpflichtungsbandes, des sog. Obligationsnexus. Das wird nur, während es bei negativen Pflichten ohne weiteres offenbar ist, bei den positiven deshalb leicht übersehen, weil hier der Dritte äußerlich sichtbar das tut, wozu sich der Schuldner verpflichtet hat. Wie bei positiven Pflichten stellt auch bei Unterlassungspflichten der Wille des Schuldners, sich das Verhalten der Dritten zur Befriedigung des Gläubigers dienstbar zu machen, das verbindende Moment dar zwischen dem Unterlassen der Dritten und der Obligation.

Während ferner bei positiven Obligationen der **Endzweck**, der erstrebte Genuß des zu verschaffenden Gutes, z. B. die Verwendung der Kaufsache zu der ihr vom Gläubiger zugedachten Bestimmung, nur ein wirtschaftliches, jedoch rechtlich unerhebliches Motiv bleibt,[1]) gewinnt er bei negativen Obligationen unmittelbare **rechtliche Erheblichkeit.**[2]) Denn die Rechtsordnung erkennt ein Interesse am bloßen Nichtstun als solchem nicht als schutzwürdig an, sondern verleiht dem auf die Unterlassung eines anderen gerichteten Verlangen Rechtsschutz nur im Hinblick auf die Möglichkeiten, die sich daraus für den Gläubiger ergeben. Auch für das Recht sind also ausschlaggebend jene anderen Interessen, zu deren Befriedigung die Unterlassung nur Vorbedingung ist. Unwirksam würde z. B. in der Regel eine Vereinbarung sein, nach der sich der Kaufmann A. dem Beamten B. gegenüber verpflichtet, seinen Sohn nicht in das Geschäft des C. eintreten zu lassen; gültig wäre sie z. B. dann, wenn B. nicht Beamter, sondern ebenfalls Kaufmann und Konkurrent des C. wäre.

Die rechtliche Erheblichkeit des letzten Interesses des Gläubigers drückt sich vor allem auch darin aus, daß mit seinem Fortfall stets auch die Unterlassungsverbindlichkeit erlischt[3]).

Der Unterschied zwischen Erfüllungsgehilfen in positiven Pflichten und zur Erreichung des Obligationszweckes mitwirkenden Dritten bei negativen Pflichten ist rein systematischer Natur und vom Gesetzgeber

---

[1]) Vgl. Boehmer: a. a. O. S. 10 und Ullrich: a. a. O. S. 200.
[2]) So auch Boehmer: a. a. O. S. 13.
[3]) Boehmer: a. a. O. S. 13 f. Einen Anwendungsfall der im Text ausgesprochenen Regel bildet § 74 a, 1 HGB. Hier tritt eine Verschärfung insoweit ein, als schon beim Mangel eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Gläubigers die Unterlassungspflicht erlischt.

nur im Interesse einer logisch übersichtlichen Gliederung des rechtlich erheblichen Verhaltens gemacht. **Wirtschaftlich** und **praktisch auch für die Rechtsordnung** ist die Stellung der Dritten in beiden Fällen dieselbe.

b) Teleologischer Beweis:

Begründung der Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten auf Grund der ratio der Bestimmung (Gefährdungsgedanke).

Schon aus den eben entwickelten Gründen erscheint es durchaus naheliegend, den § 278 BGB. in extensiver Auslegung oder analog auch auf Unterlassungspflichten anzuwenden. Denn wir sind zwar an positive Vorschriften des Gesetzes gebunden, nicht aber an seine Konstruktionen.[1]) Die Entscheidung der Frage hängt nun nur noch davon ab, ob auch ein **Verhalten** des Dritten, das dem auf **Erfüllung bezw. Erreichung des Zweckes der Obligation** gerichteten Willen des Schuldners **widerspricht**[2]), bei negativen Pflichten die gleiche Bedeutung wie bei positiven hat. Darüber wird die Erforschung des dem § 278 BGB. zu Grunde liegenden Zweckgedankens Aufschluß geben.

Über den **Grundgedanken des § 278 BGB.** sind im Schrifttum die verschiedensten Ansichten verbreitet. Es ist hier nicht der Ort, sie alle im einzelnen wiederzugeben und ihre Mängel nachzuweisen, zumal sie in den meisten Abhandlungen[3]) über die Gehilfenhaftung im Zusammenhange aufgeführt und meist zutreffend widerlegt werden.

Die Menge der Erklärungsversuche läßt sich in vier Hauptgruppen[4]) einteilen, nämlich in die Erfolgstheorien, die Herrschafts- oder Autoritäts-

---

[1]) Kretschmar: a. a. O. S. 105

[2]) Bisher ist nur von einem der Erfüllung **förderlichen** Verhalten der Dritten die Rede gewesen. Vergl. S. 64.

[3]) Vergl. z. B. Hoffmann: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, Freiburg 1902. S. 32 ff.; Priewe: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, Diss. Rostock 1902. S. 21 ff.; Scheuermann: a. a. O. S. 17 ff.; K. Fischer: a. a. O. S. 45 ff.

[4]) Eine Reihe von Schriftstellern, wie Endemann (Bd. I, S. 653), Dernburg (a. a. O. § 68, Anm. 2), Nußbaum (a. a. O. S. 43), Gustav Rümelin (Culpahaftung und Kausalhaftung, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 88. S. 285 ff.) begründen die Vorschrift des § 278 BGB. allgemein damit, daß die Haftung den sozialen Bedürfnissen und der Billigkeit entspreche. Das wird man jedoch von jeder auf der Höhe der Zeit stehenden Gesetzesbestimmung sagen können, es gilt aber, den speziell für die Vorschrift des § 278 BGB. maßgebenden Grundgedanken zu erforschen und in eine greifbare Formulierung zu bringen. Ein solch allgemeiner Hinweis ist nicht dazu angetan, die Lösung einer Streitfrage zu vermitteln, die wir aus der ratio des Paragraphen zu erhalten wünschen. — Die Theorie der stillschweigenden Garantieübernahme und der praesumptio iuris et de iure sind schon zurückgewiesen (vgl. oben S. 22 f. u. S. 24). — Keine Erklärung, sondern Umgehung derselben ist es, die Haftung auf eine obligatio ex lege zurückzuführen (vgl. K. Fischer: a. a. O. S. 47 und Hoffmann: a. a. O. S. 45).

theorien, die Interessen- und die Gefährdungstheorie. Sie alle[1]) nehmen zum Ausgangspunkt, daß § 278 BGB. den Schuldner für einen Schaden verantwortlich macht, an dessen Eintritt ihn kein Verschulden trifft, daß somit eine Ausnahme von dem im allgemeinen geltenden Verschuldensprinzipe zu Gunsten einer Zufallshaftung[2]) vorliegt.

Die einzelnen Schriftsteller nun sind bemüht, einen Gesichtspunkt zu ermitteln, der die Verantwortlichkeit des Schuldners für die durch seine Gehilfen dem Gläubiger zugefügten Nachteile als gerechtfertigt erscheinen läßt, vernachlässigen es aber, eine befriedigende Erklärung dafür zu finden, daß der Schuldner nur für **schuldhafte, nicht** aber für **unverschuldete** Schädigungen haftet; ist es doch klar, daß im einen sowohl wie im andern Falle das den Schaden verursachende Verhalten des Dritten für den selbst sorgfältig verfahrenden Schuldner einen Zufall bildet! Aus diesem Grunde sind bis auf das Prinzip der Gefährdung alle Theorien als endgültig mißglückt anzusehen.

Das gilt zunächst von der **Erfolgstheorie**[3]). Denn wenn der Schuldner deshalb für seine Gehilfen haftet, weil er sich zur Herbeiführung eines Erfolges schlechthin, „zur Herstellung des Endergebnisses im Ganzen", verpflichtet habe, weshalb hat er dann nicht auch schuldlose Schadenszufügungen durch seinen Gehilfen oder auch durch Dritte zu vertreten? Der Erfolg ist doch auch hier ausgeblieben[4]). Das von Enneccerus[5]) aufgestellte Prinzip der Haftung für unpersönliche Schuld

---

[1]) Eine Ausnahme macht die Theorie der culpa levissima, die aber keine Anerkennung gefunden hat. Vergl. darüber Hoffmann: S. 42.

[2]) Zufallshaftung ist hier nicht im Sinne des § 323 BGB., nämlich im Sinne eines evtl Verlustes der Gegenleistung verstanden, sondern als Haftung für den Schaden, den der Haftende nicht verschuldet hat, zu verstehen. Im § 323 BGB. ist ja auch nicht von Zufallshaftung, sondern von der Tragung der Gefahr des Zufalls die Rede. Das ist gegen Krückmann: Pflichterfüllung und Rechtsausübung (Iherings Jahrb. Bd. 65 S. 209 ff., S. 226 Anm. 1) einzuwenden, der bestreitet, daß die Handlung des Erfüllungsgehilfen für den Schuldner im Rechtssinne Zufall sei. Die echte Zufallshaftung gehe nur bis zum Lohnverlust, aber nicht bis zum Schadensersatz. M. E. liegt eine Verwechslung vor. (Vgl. dazu K. v. RGR. § 249 unter Anm. 2.)

[3]) Sie wird vertreten vom OHG. in den Entsch. Bd. 13 S. 77; 12, 79 und früher vom RG in Entsch. Bd. 10 S. 166; 33, 170; ebenfalls von Leonhard auf dem 17. Juristentag, Gutachten S. 340 ff.

[4]) Die Erfolgstheorie wird heute allgemein abgelehnt. Vgl. zuerst Enneccerus: Verhandlungen des 17. Juristentages. Bd. II S. 100 ff.; K. Fischer: a. a. O. S. 54; Hoffmann: a. a. O. S 93; Feder: a. a. O. S. 20; Buchholz: Die Haftung des Schuldners, insbesondere des Mieters usw. S. 21; Priewe: a. a. O. S. 35; v. Schwartz: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, Diss. Leipzig 1906. S. 10. Wertheimer: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach dem Recht des BGB, Diss. Erlangen 1900

[5]) Enneccerus: Verhandlungen des 17. Juristentages, Bd. II. S. 99 und Lehrb. II. S. 142.

ist eine Abwandlung der Erfolgstheorie, die deren Fehler zu vermeiden sucht, aber aus anderen Gründen schon oben[1]) abgelehnt worden ist.[2])

Nicht anders ist es mit der von O. v. Gierke[3]) begründeten und von Brodmann[4]) und Ostwald[5]) ausgebauten **Herrschaftstheorie.** Liegt der rechtspolitische Grund der Haftung für die Gehilfen in ihrer sozialen Abhängigkeit vom Schuldner, so ist nicht einzusehen, warum dieser nur für schuldhafte, nicht aber für alle anderen Benachteiligungen des Gläubigers durch die von ihm abhängigen Personen verantwortlich sein soll.[6])

---

[1]) Vergl. oben S. 29 ff.

[2]) Abgewandelte Erfolgstheorien sind ebenfalls Wertheimers (S. 28 ff.) Theorie der technischen Arbeitskraft und die von Asmis (a. a. O. S. 55. ff.) von Treu und Glauben. Sie werden widerlegt von Schwartz S. 11, Fischer: a. a. O. S. 54; Priewe: a. a. O. S. 37.

[3]) v. Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887. S. 803.

[4]) Brodmann: a. a. O. S. 221 ff.

[5]) Ostwald: a. a. O. S. 25 ff.

[6]) Gegen diese Ansicht vergl. auch Planck: a. a. O. § 278 Anm. 2b α und $_{0}c$, Enneccerus: a. a O. § 267 Anm. 7, Staub: a. a. O. S 339 Anm. 68; Krier: a. a. O. S. 16 f. Verwandt mit der Herrschaftstheorie ist die Werkzeugtheorie Mayers (Verhandl. des 17. Jur. Tages Bd. I, S. 125 ff.) sowie die Vollmachts- oder Stellvertretungstheorie Dreyers (Bd. 1 S. 97). Dagegen vgl. Priewe: a. a. O. S. 31 ff.; Enneccerus: Verhdln. Bd. II S. 110; Wertheimer: a. a. O. S. 25 f.; Hoffmann: a a. O. S. 3 und 57; v. Schwartz: a. a. O. S. 12; K. Fischer: a. a. O. S. 56. — Allein Krückmann: (a. a. O. S. 214 f.) verteidigt die Vertretertheorie. Aber daß der Dritte an Stelle des Schuldners handelt, ist nur eine Tatsache, jedoch keine Begründung dafür, daß der Schuldner für den haften muß, der an seiner Stelle handelt.

Ähnliche Gedankengänge weisen die Ausführungen Heinsheimers: Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen usw. (Grünhuts Zeitschr. Bd. 40, S. 115 ff., S 126 f.) auf, nach denen auch § 278 BGB. einen Fall der Verschuldenshaftung enthält, Subjekt der Haftung aber nicht der Schuldner, sondern das „Schuldunternehmen" ist, d. i. „nicht die dauernde äußerliche Betriebseinheit", sondern „die durch die fragliche obligatorische Beziehung veranlaßte Einzelunternehmung des Schuldners" (S. 127 Anm. 8). — Gegen diese Theorie ist dasselbe wie gegen die Werkzeugstheorie einzuwenden, sie ist nur ein Bild, aber keine juristische Erklärung.

Schließlich sind Modifikationen der Herrschaftstheorie auch die Konstruktion Cosacks (Lehrbuch des BGB. Bd. 1, Jena 1927, S. 254-57): Die Haftung für „inneren Zufall", das ist ein solcher, der dem Lebenskreis des Schuldners entspringt, und die Theorie Rümelins: (Max R. Schadenersatz ohne Verschulden. 1910. S. 45 f.), nach der der Schuldner für die in seiner „Einwirkungssphäre" eintretenden Schäden aufzukommen hat; sie erklären nicht, weshalb der Schuldner nur für Verschulden, nicht auch für zufällige Handlungen der Gehilfen haftet. Die angeführten Theorien allein vermögen darum jedenfalls die Haftung aus § 278 nicht zu begründen. Vergl. S. 74 f.

Nach Unger[1]), Merkel[2]) und anderen[3]) muß der Schuldner darum für seine Hilfskräfte einstehen, weil er sie **in seinem eigenen Interesse**[4]) verwende. Aus einem so allgemeinen Gesichtspunkte läßt sich aber vernünftigerweise nur folgern, daß der Schuldner, da er den Vorteil von dem Gehilfen hat, auch Nachteile, die ihre Verwendung mit sich bringen, auf sich nehmen muß. Dagegen kann man mit diesem Argumente nicht auch eine Beschränkung auf die Übernahme ganz bestimmter Nachteile begründen.[5]) [6])

Allein die **Gefährdungstheorie** vermag die gesetzliche Regelung der Frage in vollkommener Weise zu erklären. Ihr zufolge enthält das Verhalten des Schuldners, der Gehilfen verwendet, zwar keine Pflichtwidrigkeit, wohl aber eine **Gefährdung der Rechtslage des Gläubigers.**

Alle Einwände, die man gegen diese Theorie vorgebracht hat, vermögen nicht ihre Stichhaltigkeit ernstlich in Frage zu stellen, wenn man nur recht erkennt, worin die Gefährdung des Gläubigers zu suchen ist.

Max Rümelin[7]) glaubte sie darin zu finden, daß der Schuldner „bei eigener Besorgung sämtlicher Betriebseinrichtungen durch Anwendung der diligentia boni patris familias eine große Zahl von Verletzungen fremder Interessen abschneiden könne, während man die Gehilfen nicht in der Hand habe".

Demgegenüber hat man darauf hingewiesen[8]), daß in den Fällen, in denen der Schuldner die geschuldete Handlung gar nicht oder doch nur in einer den Gläubiger mehr gefährdenden Weise vornehmen könne, in der Verwendung des Gehilfen nicht so sehr eine Gefährdung, als vielmehr eine Sicherung des Interesses des Gläubigers an der ordentlichen Erfüllung liege. So meint Brodmann[9]), er ließe sich lieber von

---

[1]) Unger: Handeln auf eigene Gefahr. Iherings Jahrb. Bd. 30. S. 390; Handeln auf fremde Gefahr, Ihrings Jahrb. Bd. 33 S. 359. „Eigenes Interesse, eigene Gefahr — fremdes Interesse, fremde Gefahr". Ebenso die Motive Bd. II S. 30.

[2]) A. Merkel: Juristische Enzyklopädie 1885 S. 283.

[3]) vgl. z. B. Conradi: a. a. O. S. 60 f; Wüstendörfer: S. 78 ff.

[4]) Ein Vorläufer der Interessentheorie ist die Ubbelohe'sche Assekuranztheorie (Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd 7 S. 245 ff.); widerlegt z. B. von Fischer: S. 48. Scheuermann: S. 19.

[5]) Gegen die Interessentheorie: Nußbaum: a. a. O. S. 45 ff.; Scheuermann: a. a. O. S. 19; Wertheimer: a. a. O. S. 20 ff.; Hoffmann: a. a. O. S. 34.

[6]) Der **Veranlassungstheorie** sehr nahe kommt das von R. Merkel (Die Kollision rechtmäßiger Interessen u. die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. 1895 S. 160) aufgestellte **Prinzip des „aktiven Interesses"**. Vgl. dagegen Fischer a. a. O. S. 52 f.; Hoffmann: a. a. O. S. 78 ff. Isays Prinzip der **„Gestionshaftung"** deckt sich im Grunde mit dem Prinzip Ungers. Vgl. Fischer S. 50; Scheuermann S. 23.

[7]) Die Gründe der Schadenszurechnung 1896. S. 47.

[8]) Brodmann: a. a. O. S. 208; auch Scheuermann S. 25.

[9]) Brodmann: a. a. O. S. 208.

dem guten Gehilfen des ungeschickten Friseurs bedienen und der Gläubiger, dem der Schuldner sich verpflichtet habe, einen großen Spiegel fortzuschaffen, sei mehr gefährdet, wenn der Schuldner ihn allein trage, als wenn er zwei zuverlässige Dienstmänner damit beauftrage.

Dieser Einwand trifft jedoch nicht den wahren Gehalt des Gefährdungsgedankens, der allerdings in der ihm von Rümelin gegebenen Gestalt nicht richtig zum Ansdruck gebracht worden ist[1]). Denn freilich nicht das ist der entscheidende Gesichtspunkt für die Gefährdung des Gläubigers, daß der Gehilfe nicht so gut befähigt wäre wie der Schuldner, die Erfüllungshandlung vorzunehmen. Vielmehr besteht die Gefahr ganz allgemein darin, daß der Gläubiger „bei der Erfüllung seine Rechtsgüter der Berührung mit Personen aussetzt, die ihm vertraglich zu nichts verpflichtet sind".[2])

Will man den Sinn des Gesagten richtig erkennen, so muß man etwas weiter ausholen und sich die wirtschaftliche Aufgabe der Obligation vergegenwärtigen.

Jedem Schuldverhältnis liegt, wie schon hervorgehoben ist, ein ungestilltes Bedürfnis des Gläubigers zu Grunde. Ursprünglich ist es nun so, daß der Gläubiger sich eine gewisse andere Person, die über das begehrte Gut verfügt, zur Verschaffung desselben verpflichtet. Das Leistungsversprechen wird vom Gesetz durch die Vorschrift sanktioniert, daß der Versprechende, wenn er schuldhaft den vollen Erfolg, so wie er ihn versprochen hat, nicht herbeiführt, für den dem Gläubiger daraus entstehenden Schaden einzustehen hat. Damit haben wir den Grundtyp der Obligation. — Jedoch sind heute die Bedürfnisse so zahlreich und der Art nach so kompliziert geworden, daß man nicht immer die fremde Person oder die Mehrheit von solchen herausfindet, die über das von uns verlangte Gut verfügt. Während in primitiven Zeiten der Mensch mit einigen von ihm selbst herangezogenen Nachbarn sein Haus baute, ist man heute, wo ganz andere technische Fähigkeiten vorausgesetzt werden, genötigt, den Bau einem Architekten zu übertragen, der seinerseits nun die Maurer, Schreiner, Klempner, Elektriker usw. verpflichtet. So findet man im Wirtschaftsleben immer wieder die Erscheinung, daß nicht die zur Befriedigung des Gläubigerinteresses in eigener Person fähige, sondern eine andere, **sich zwischen jene und den Gläubiger schiebende Person** Schuldner wird.

Da nun gerade hierin, wie noch näher auszuführen ist, der Gefahrenherd für den Gläubiger liegt, ist der Einwand Brodmanns, daß der Schuldner, der persönlich die geschuldete Handlung nicht vornehmen könne, den Gläubiger durch die Zuziehung eines Gehilfen nicht gefährde, abwegig. Die Gefährdung liegt nicht in der Zuziehung des Gehilfen, sondern in der Tatsache, daß sich eine

[1]) Rümelins Ansicht, die die Gefährdung darin sieht, daß man überhaupt Gehilfen anstelle, führt u. a. zu der Konsequenz, daß der Schuldner auch für Diebstähle, die der Gehilfe gelegentlich der Erfüllungstätigkeit begeht, haften muß. Vergl. darüber unten IV, 3 a. E. und Rümelin S 85 ff.

[2]) Siber: a. a. O. § 278 Anm. 1. (S. 224.)

Person zur Befriedigung eines Interesses des Gläubigers verpflichtet, die persönlich dazu nicht befähigt ist, — wie der Architekt z. B. persönlich das Haus nicht bauen kann, — und dadurch verhindert, daß der Gläubiger mit der unmittelbar das von ihm begehrte Gut besitzenden Person den Vertrag abschließt. Es ist schon betont, daß in dieser Handlungsweise des Schuldners weder eine Pflichtwidrigkeit, noch auch ein anormales Verhalten zu sehen ist; die Gefährdung des Gläubigers ist durch die tatsächliche Gestaltung unseres Wirtschaftslebens bedingt.

Dem bisher betrachteten Fall steht hinsichtlich der rechtlichen Wirkung der andere gleich, daß der Schuldner zwar persönlich die Erfüllungstätigkeit vornehmen kann, es aber aus irgend einem Grunde vorzieht, an seiner Stelle eine dritte Person handeln zu lassen. Hier wie dort fallen Schuldner und die den geschuldeten Erfolg herbeiführende Person auseinander.

Aus dieser Tatsache aber ergibt sich für den Gläubiger die schon angedeutete Gefahr der Gehilfenverwendung.

Sie liegt darin, daß die für den Grundtatbestand der Obligation — in dem der Schuldner seinen Gläubiger selbst und ohne Hilfe anderer Personen befriedigen kann — geltende Vorschrift, daß der Schuldner ein Verschulden in der Erfüllung zu vertreten hat, zum großen Teil gegenstandslos wird. Denn ein Verschulden in der Erfüllung wird jetzt in weitem Umfange nicht ein solches des Schuldners, sondern des Dritten sein. Im Falle schuldhafter Zuwiderhandlung[1]) des Gehilfen wird der Gläubiger also den vertraglichen Ersatzanspruch gegen den Schuldner, den er bei dessen persönlicher Erfüllung erlangt hätte, entbehren. Selbst wenn im konkreten Fall auch ein Verschulden des Schuldners vorliegt, würde der Ersatzanspruch des Gläubigers häufig an der Schwierigkeit des Beweises scheitern, daß der Schuldner den Gehilfen nicht sorgfältig ausgewählt oder nicht sorgfältig überwacht hat. Es ist somit, anders ausgedrückt, nicht nur die Erfüllung des primären Leistungsinhaltes gefährdet, sondern auch das Entstehen der sekundären — gegen den Schuldner selbst gerichteten — Schadensersatzpflicht.[2])

Die Folge davon ist, daß der Gläubiger bei einem Verstoß des Gehilfen entweder überhaupt keinen Ersatzanspruch haben wird, nämlich dann, wenn eine unerlaubte Handlung des Gehilfen nicht vorliegt, oder aber nur einen Deliktsanspruch, wo er sonst außerdem noch einen Vertragsanspruch haben würde. Auch im letzten Falle liegt aber immer eine Benachteiligung des Gläubigers vor. Denn einmal ist fast immer der Gehilfe weniger zahlungsfähig[3]) als der Schuldner, weil er in der Regel sozial und finanziell schlechter gestellt ist als jener. Oder aber der Vertragsanspruch wird dem Gläubiger deshalb wertvoller sein, weil er etwa durch Bürgen oder Pfänder gesichert war. Selbst wo

---

[1]) vgl. oben S. 63, Anm. 1.

[2]) Derselbe Gedanke dürfte in der RGEZ Bd. 78 S. 240 zum Ausdruck gekommen sein: Der Gläubiger dürfe „durch die Zuziehung eines Gehilfen nicht schlechter gestellt werden".

[3]) Vgl. Hoffmann: a. a. O. S. 177.

beides einmal nicht zutrifft, wird es dem Gläubigers immer noch lieber sein, sich an den Schuldner halten zu können, den er regelmäßig kennt und der ihm rechtsgeschäftlich verpflichtet ist, als an den Gehilfen, zu dem er in keiner rechtsgeschäftlichen Beziehung steht.

Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß der Gläubiger manchmal die Zuziehung des Gehilfen selbst veranlaßt hat,[1])[2]) denn das tut er, wie die Umstände ergeben, unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß gleichwohl der Schuldner für ein Verschulden des Gehilfen haften soll, ist doch die objektive Gefährdung der Rechtslage des Gläubigers hier die gleiche, wie wenn der Schuldner aus eigenem Entschluß den Gehilfen zugezogen hätte.

Daraus, daß der Gläubiger mit der Gehilfenzuziehung einverstanden ist, ergibt sich also nicht, daß alsdann eine Gefährdung nicht vorhanden ist, wie Max Rümelin (Schadensersatz ohne Verschulden 1910 S. 47) im Gegensatz zu seiner früheren Auffassung meint. Der Gläubiger ist eben gezwungen, Schuldverhältnisse einzugehen, die nur durch Mitwirkung von Gehilfen erfüllt werden können. Das liegt an unserer Wirtschaftsgestaltung mit ihrer so weitgehenden Arbeitsteilung. Er wird gar keine andere Person finden, die nicht Gehilfen verwendet. Mit Recht spricht Wüstendörfer (a. a. O. S. 126) von „einer Art Kontrahierungszwang" für den Gläubiger. — Es wird allgemein anerkannt, daß der Haftpflicht der Eisenbahn nach dem Reichshaftpflichtgesetz das Gefährdungsprinzip zu Grunde liegt. So wenig sich aber die Eisenbahn eines Ersatzanspruches mit dem Hinweise entschlagen kann, daß der Gläubiger ja mit der Gefährdung einverstanden gewesen sei, sonst hätte er nicht mit der Bahn zu fahren brauchen, so wenig darf man sich darauf berufen, daß eine Gefährdung des Gläubigers durch die Gehilfenverwendung nicht vorliege, weil er selbst sich der Gefahr bewußt gewesen und trotzdem das Schuldverhältnis eingegangen sei.

Auch die Behauptung ist unrichtig, daß nicht als Gefährdung des Gläubigers angesehen werden könne, was in seinem eigenen Interesse liege (vgl. Feder a. a. O. S. 30; G. Rümelin: S. 309). Darin liegen zwei Fehler. Denn einmal ist schon die Grundlage falsch. Es ist, wie gezeigt, für den Gläubiger **immer** vorteilhafter, wenn sich keine Mittelspersonen zwischen ihn und die die Leistung erbringende Person schiebt, anderseits aber ist das Interesse des Gläubigers an der Gehilfenverwendung immer nur ein mittelbares, das **nächste** Interesse hat in jedem Falle der Schuldner selbst. Mit Recht hebt Müller-Erzbach (Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 106, S. 309 ff. und Bd. 109 S. 1 ff.; Bd. 106 S. 428 Anm. 75) hervor, daß der Schuldner schließlich auch dann im Interesse des Gläubigers handele, wenn er eine Badereise unternehme, zu Mittag esse oder sich sonst seinem Gläubiger erhalte. Daraus aber ergebe sich, daß die Berufung auf ein bloß **mittelbares** Interesse nicht geeignet sei, die Haftung aus § 278 BGB. zu begründen.

Die seltenen Fälle schließlich, in denen es tatsächlich einmal dem Gläubiger gleichgültig ist, ob er neben dem Deliktsanspruch auch noch einen Vertragsanspruch hat oder nicht, also da, wo der Gehilfe so zahlungsfähig wie der Schuldner ist und es dem Gläubiger auch

---

[1]) Den Einwand erhebt G. Rümelin a. a. O. S. 309.

[2]) Darüber, daß das Gefährdungsprinzip nichts mit dem Veranlassungsprinzip zu tun hat (!), vgl. K. v. RGR § 249, Vorbem. 2.

nicht unbequemer ist, ihn anstatt des Schuldners anzugehen, berechtigen nicht zu ernsthaften Bedenken. Denn hier wird den zu Grunde liegenden Verhältnissen zufolge der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend auf die Haftung des Schuldners für den Gehilfen verzichtet haben. Oder aber, es wird ein bloßes Versprechen, die Leistung eines Dritten zu bewirken, ein Vertrag zu Lasten Dritter vorliegen, der dem Schuldner nur die Pflicht auflegt, den Dritten auszuwählen und zu beaufsichtigen.[1]) Denken wir etwa an den Fall, daß der Schuldner auf Wunsch des Gläubigers die geschuldeten Gegenstände nicht durch seinen eigenen Lastwagen, sondern durch die Post oder Reichsbahn befördert,[2]) oder an die Fälle, in denen der Gläubiger dem Schuldner eine ganz bestimmte Person, etwa den Maler X., bezeichnet, der die gewünschte Tätigkeit vornehmen soll. Es darf nicht übersehen werden, daß § 278 BGB. eine dispositive Vorschrift ist[3]) und in der Frage der Gehilfenhaftung der Wille der Parteien entscheidend mitspricht.

Aus dem Vorstehenden erhellt ohne weiteres, daß die mit der Gehilfenzuziehung verbundene Gefahr nur den Gläubiger, nicht aber dritte Personen trifft. Darum ist ein Einwand in der Richtung, wie er sich z. B. bei Scheuermann[4]) findet, nicht berechtigt.

Die Gefährdungstheorie erklärt schließlich auch ohne Schwierigkeit, weshalb der Schuldner nur für ein Verschulden, nicht aber für schuldlose Schädigungen von Seiten der Gehilfen aufzukommen hat.[5]) Denn die Gefahr für den Gläubiger besteht ja darin, daß bei einem schuldhaften Verhalten des Gehilfen dem Gläubiger nicht der vertragliche Ersatzanspruch[6]) zustehen würde, den er erlangt hätte, wenn Schuldner und für die Erfüllung tätige Person zusammenfielen.

Der Schuldner verwendet den Gehilfen an einer Stelle und begründet damit die Möglichkeit eines Verschuldens, wo er bei persönlicher Vornahme der fraglichen Handlung für sein eigenes Verschulden haftbar wäre (vgl. Hoffmann, S. 204). In den Fällen aber, in denen er die Handlung persönlich garnicht vornehmen kann, drückt die Gefährdung sich darin aus, daß der Schuldner sich zwischen die für die Erfüllung tätige Person und den Gläubiger einschiebt und so verhindert, daß jene dem Gläubiger unmittelbar verpflichtet wird. In Beziehung auf rein zufällige Schadenszufügungen liegt in der Verwendung von Gehilfen nicht eine derartige Benachteiligung des Gläubigers, da der Schuldner auch bei persönlicher Vornahme, bezw. der Gehilfe, auch wenn er der Schuldner wäre, nicht verantwortlich sein würden! Damit erledigen sich die Angriffe (vgl. Priewe a. a. O. S. 44; v. Schwartz a. a. O. S. 8), die man aus diesem Gesichtspunkte gegen die Gefährdungstheorie unternommen hat.

---

[1]) Vgl. K. Fischer: a. a. O. S. 42; Nußbaum: a. a. O. S. 86 u. 88.

[2]) Vgl. auch Enneccerus: a. a. O. § 267 II, 1.

[3]) vgl Schütz: Die Haftung für das Verschulden von Gehilfen nach dem BGB. Diss. Jena 1900. S. 15; Nußbaum: a. a. O. S. 86; Feder: a. a. O. S. 36.

[4]) Scheuermann: a. a. O. S. 25.

[5]) Unzutreffend Hoffmann a. a. O. S. 98 ff., widerlegt v. Priewe a. a. O. S. 44 f.

[6]) „Vertraglicher Ersatzanspruch“ im Sinne von aus dem Vertrage, aus dem Schuldverhältnis fließender Anspruch.

Mit dem Umstand, daß die Gehilfenverwendung eine Gefährdung des Gläubigers insofern enthält, als der Gehilfe weniger sorgfältig verfahren wird als der Schuldner, hängt der oft angeführte erzieherische Zweck der Vorschrift des § 278 BGB. zusammen (vgl. Feder a. a. O. S. 32 und M. Rümelin: Die Gründe der Schadenszurechnung, 1896, S 56). Der Schuldner soll dadurch, daß er allen Schaden aus dem Verschulden der Gehilfen zu ersetzen hat, angehalten werden, möglichst sorgfältig Schädigungen durch die Gehilfen zu verhüten.[1]) „Der Unternehmer, Arbeitgeber usw. werden angehalten, mit allen Kräften nach Einrichtungen zu streben, welche die voraussehbaren Betriebsgefahren möglichst einschränken oder ausschließen. Auch wird die Erwägung, daß ein Betrieb in allen seinen Einzelheiten von dem Willen des Unternehmers abhängt, die Verbindung von periculum und commodum besonders naheliegend erscheinen lassen, während umgekehrt die vollständige Unmöglichkeit der Einwirkung auf bestimmte Arten von Gefahren wiederum modifizierend auf den Umfang der Gefährdungshaftung zurückzuwirken vermag" (Rüm. S. 56).[2]) — Insofern kann man einen gewissen Zusammenhang feststellen zwischen dem Gefährdungsprinzip und dem Gedanken, daß man für diejenigen Ereignisse aufzukommen habe, die innerhalb der eigenen „Herrschafts"- oder „Wirkungssphäre" ihren Ursprung haben. Hier weist die Gefährdungstheorie Berührungspunkte auf mit der Theorie der „Verteilung des Schadens nach Einwirkungssphären" und der „Theorie der Willenssphären" (vgl einerseits Cosack a. a. O. S. 32-37; Max Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, S. 45 und anderseits Scheuermann a. a. O S. 33 ff.).

Abschließend können wir also sagen:

Wäre § 278 BGB. nicht, so enthielte jedes Schuldverhältnis mit Gehilfenverwendung eine Schlechterstellung des Gläubigers gegenüber der Rechtslage in der Obligation ohne Gehilfenverwendung. § 276 BGB. mußte also durch die die Haftung für Erfüllungsgehilfen anordnende Vorschrift des § 278 BGB. ergänzt werden, um die durch die Gehilfenverwendung begründete Gefährdung der Rechtsstellung des Gläubigers durch eine entsprechende Haftpflicht des Schuldners auszugleichen und es so materiell für den Gläubiger gleichgültig zu machen, ob der Schuldner in Person oder durch Gehilfen leistet. Dem Grundgedanken des § 278 BGB. nach haftet also der Schuldner für die Personen, die **mit seinem Willen zur Befriedigung des vom Gläubiger mit der Obligation verfolgten Interesses mitwirken.** Denn in der Tatsache, daß der Schuldner Dritte zu diesem Zwecke tätig werden läßt, liegt der in seinen Auswirkungen eben geschilderte Gefahrenherd für den Gläubiger!

---

[1]) Gustav Rümelin sieht hierin den entscheidenden Gesichtspunkt und vermag darum das Verhältnis zwischen § 278 und § 831 BGB. nicht zu erklären (vgl. a. a. O. S. 296 ff., S. 510).

[2]) Durch die unabhängig von eigenem Verschulden eintretende Haftung des Schuldners für Verschulden seiner Gehilfen wird auch die oben S. 71 erwähnte Beweisschwierigkeit erledigt.

Anhänger der Gefährdungstheorie sind Planck[1]), der Kommentar v. RGR[2]), Oertmann[3]), Hoffmann[4]), Müller-Erzbach[5]), Max Rümelin[6]), Kuhlenbeck[7]) und wohl auch Endemann[8].) Auch die Ausführungen Nußbaums[9]) laufen im Grunde auf eine Anerkennung der Gefährdungstheorie hinaus: „Der Gesetzgeber muß dafür sorgen", sagt er, „daß die Leistung, wenn der Schuldner sich der Mitwirkung von Erfüllungsgehilfen bediene, dem Gläubiger in einer dem Stand des Verkehrs angemessenen Weise gesichert werde". — Eine besondere **Sicherung** des Gläubigers über das normale Maß (§ 276 in Verb. mit § 275, § 280, 325 usw. BGB.) hinaus ist aber nur da am Platze, wo er besonders **gefährdet** wird. Das spricht Nußbaum auch S. 82 und S. 66 selbst aus.

Die gleiche Gefahrenquelle für den Gläubiger, wie sie bei positiven Verbindlichkeiten mit der Verwendung von Erfüllungsgehilfen verbunden ist, ergibt sich nun aber bei **negativen Verbindlichkeiten** dann, wenn der Schuldner erlaubtermaßen[10]) dritten Personen die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet oder beläßt. Erlaubt aber ist ihm eine solche Handlungsweise in der Regel[11]) dann, wenn er den Dritten untersagt, die ihm verbotene Handlung vorzunehmen. In diesem Fall ist der Schuldner allein nicht fähig, das den Gegenstand der Verbindlichkeit bildende Interesse des Gläubigers zu befriedigen. Er muß sich zur Erhaltung der Erfüllbarkeit jener dritten Person bedienen. Daraus aber erwachsen dem Gläubiger dieselben Gefahren, wie aus der entsprechenden Situation bei positiven Verbindlichkeiten.

Denn zunächst muß man nun damit rechnen, daß die Dritten nicht die gleiche Sorgfalt auf die Vermeidung der Handlung verwenden werden, wie der Schuldner und wie sie selbst es dann tun würden, wenn sie persönlich dem Gläubiger verpflichtet wären. Ja schon die Tatsache überhaupt, daß außer dem Schuldner auch noch andere Personen unterlassen müssen, wenn der Endzweck der Obligation

---

[1]) Planck: a. a. O. S. 229, § 278 Anm. 1

[2]) K. v. RGR. § 278 Anm. 1.

[3]) Oertmann § 278 Anm. 1.

[4]) Hoffmann: a. a. O. S. 85 ff. mit nicht in allen Punkten zutreffender Begründung, die zum Teil mit Recht von Priewe (S. 38 ff.) und von K. Fischer (S. 51,52) angegriffen wird.

[5]) Müller-Erzbach: Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 106 S. 428 f.

[6]) Max Rümelin: Gründe S. 45 ff., bes. S. 47, 56 und 88; ablehnend, jedoch sich widersprechend — denn S. 44 betont er, daß die Zuziehung des Gehilfen dem Schuldner nur auf eigene Gefahr verstattet werden könne — in „Schadensersatz": S. 42, 46 ff. Der Gefährdungsgedanke findet sich m. E. auch in der RGEZ. Bd. 78, S. 240 vertreten. Vgl. dazu oben S. 71 Anm. 2.

[7]) Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. S. 66 f.

[8]) Endemann: a. a. O. § 130 Anm. 7.

[9]) Nußbaum: a. a. O. S. 48 f

[10]) War es dem Schuldner nicht erlaubt, dritten Personen Gelegenheit zur Einwirkung auf den Schuldgegenstand zu geben, so haftet er bei einem daraus entstehenden Schaden schon nach § 276 BGB. aus eigenem Verschulden.

[11]) Sie ist es dann nicht, wenn der Sinn der Verpflichtung etwas anderes ergibt.

erreicht werden soll, birgt eine Gefahr für den Gläubiger in sich, da in diesem Fall viel eher mit einem Verstoß zu rechnen ist, als wenn es auf das Verhalten eines Einzigen ankommt! Diese **erhöhte** Gefährdung des Gläubigers bei Unterlassungspflichten ergibt sich daraus, daß hier die Hilfspersonen nicht einen **Teil** des Erfüllungsverhaltens **an Stelle** des Schuldners, sondern das **gesamte** jenem auferlegte Verhalten **neben** ihm beobachten müssen. Außerdem ist die Rechtsstellung des Gläubigers hier auch insofern bedroht, als er im Falle einer schuldhaften Vereitelung der Erfüllung den Ersatzanspruch aus dem Schuldverhältnis nicht erlangen wird, der ihm zugestanden hätte, wenn das Verhalten des Schuldners allein für die Erfüllung maßgebend gewesen wäre.

Steht somit fest, daß bei Unterlassungsverbindlichkeiten die Rechtslage des Gläubigers, wenn dritte Personen Einfluß auf die Erfüllung besitzen, genau so, oder sogar noch mehr gefährdet ist, als bei positiven Verbindlichkeiten, so ist damit erwiesen, daß § 278 BGB. dem Grundgedanken nach in extensiver Auslegung auch auf Unterlassungspflichten angewandt werden muß.

Aus der Ausdrucksweise des Gesetzes läßt sich gegen dieses Ergebnis nichts einwenden. Der Schuldner soll haften für die Personen, **deren er sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit bedient,** nicht aber soll er haften, **weil** er sich der schädigenden Person zur Erfüllung bedient hat! § 278 BGB. will mit den angeführten Worten nur den Personenkreis bezeichnen, für den der Schuldner haften soll, keineswegs aber damit das Motiv der Haftung ausdrücken, das vielmehr in der Gefährdung der Rechtslage des Gläubigers zu suchen ist. Der Gesetzgeber hat nur an die positiven Verbindlichkeiten gedacht. Hier sind nur die „Erfüllungsgehilfen" des § 278 BGB. imstande, die Erfüllung schädlich zu beeinflussen, denn hier ist es nicht möglich, daß die Leistung erfolgt und trotzdem die Erfüllung ausbleibt! Bei positiven Verbindlichkeiten gibt es nur Leistung oder Nichterfüllung. Nur wenn der Schuldner einem andern die Vornahme der Leistungshandlung ganz oder zum Teil überträgt, entsteht somit die geschilderte Gefährdung. — Anders bei negativen Verbindlichkeiten! Hier kann, wie ausgeführt worden ist, sehr leicht der Fall eintreten, daß der Schuldner so, wie ihm befohlen ist, unterläßt, also „leistet", die Erfüllung der Obligation jedoch gleichwohl nicht eintritt. Denn im selben Augenblick, in dem der Schuldner seiner Pflicht nachkommt, kann ein Dritter die verbotene Handlung vornehmen, sodaß also der zu erhaltende Zustand trotz der Unterlassung des Schuldners durch die gleichzeitige Zuwiderhandlung eines Dritten beeinträchtigt oder aufgehoben wird. Somit erhellt, daß bei Unterlassungspflichten, was die Beeinflussung der Erfüllung durch Dritte anlangt, ein anderer Personenkreis in Betracht kommt als bei positiven Pflichten. Es gehören hierzu alle Personen, die die **Möglichkeit der Zuwiderhandlung** haben. Verdanken sie diese Möglichkeit dem Schuldner, dann muß er für Schäden, die dem Gläubiger aus Zuwiderhandlungen der Dritten gegen den Vertragszweck entstehen, aufkommen, und zwar, soweit ihn nicht eigenes Verschulden trifft, wie z. B. bei unerlaubter Hinzuziehung der Personen, nach § 278 BGB; denn alsdann handelt es sich um „Personen, die mit seinem Willen zur Befriedigung des Interesses des Gläubigers mitwirken sollten".[1])

---

[1]) Vgl. S. 74 oben.

Der Schuldner einer Unterlassungsverbindlichkeit haftet also für Verschulden der Personen, deren er sich zur Erhaltung der Erfüllbarkeit seiner Verpflichtung bedient. Da er sich dieser Leute mittelbar auch zur Erfüllung bedient, ist es unschädlich, auch sie als „Erfüllungsgehilfen" zu bezeichnen, wenn man sich nur bewußt ist, daß sie es in einem anderen Sinne sind, wie die Hilfspersonen bei positiven Verbindlichkeiten.

Wie § 278 BGB. bei der Anwendung auf Unterlassungpflichten im einzelnen zu interpretieren ist, und insbesondere auch, wer im einzelnen in den Kreis der Erfüllungsgehilfen bei Unterlassungspflichten fällt, darüber werden die Ausführungen des IV. Abschnittes unterrichten. Vorher soll noch kurz geprüft werden, wie es unserem grundsätzlichen Ergebnis gegenüber mit den Einwänden gegen die Anwendbarkeit des § 278 BGB. bestellt ist.

Mit dem Nachweis, daß auch Unterlassungspflichten erfüllbar sind, ist der Einwand Pagenkämpers[1]) schon hinfällig geworden.

Daß die Behauptung, die Unterlassungspflicht sei höchstpersönlich, und darum komme § 278 BGB. nicht in Betracht, unrichtig ist, wurde ebenfalls schon dargelegt. Es kommen sowohl übertragbare wie mit der Person des Schuldners verknüpfte Unterlassungspflichten vor[2]).

Daß man auch mit dem Argument, bei negativen Verbindlichkeiten könne ein Dritter nie anstatt des Schuldners erfüllen und dessen Unterlassung ersetzen[3]), die Anwendbarkeit des § 278 BGB. nicht ablehnen darf, ergibt sich ebenfalls schon aus den ganzen in diesem Abschnitt geführten Erörterungen. Nicht der Wortlaut und nicht die Sprachtechnik des Gesetzes, sondern allein die ratio einer Vorschrift ist für ihre Auslegung maßgebend.

Bei positiven Verbindlichkeiten wird die Erreichung des Obligationszweckes gerade durch die Personen gefährdet, die anstatt des Schuldners leisten, bei negativen aber durch alle, die in der Lage sind, die dem Schuldner verbotene Handlung vorzunehmen. Dazu kommt, daß auch bei positiven Verbindlichkeiten die Erfüllungsgehilfen tatsächlich nicht immer anstatt, sondern häufig nur neben dem Schuldner handeln, wenn sie auch einen Teil der Erfüllungstätigkeit übernehmen. Das gilt z. B. für den Fall, daß ein Architekt sich zum Bau eines Hauses verpflichtet. Auch hier handelt der einzelne Maurer nicht anstatt des Architekten, sondern er wird dem Sinne des Vertrages nach von vornherein neben diesem tätig, und doch findet § 278 BGB. zweifellos auf ihn Anwendung. Selbstverständlich wird auch hier, was besonders

---

[1]) Vgl oben S. 20.

[2]) Vgl. oben S. 14 ff. — Anderseits ist auch selbst bei einer höchstpersönlichen Pflicht eine Haftung aus § 278 BGB. hinsichtlich der mit ihr verbundenen Nebenpflichten nicht ausgeschlossen. Oder soll etwa der Maler A., der sich verpflichtet hat, die Zimmerdecken eines Schlosses auszumalen, für das Verschulden seines Angestellten, der ihm die Farbtöpfe in das Schloß trägt und dabei unvorsichtigerweise wertvolle Teppiche beschädigt, nicht aus § 278 BGB. haften?

[3]) Vgl. oben S. 19 u. 21 f.

Kleineidam[1]) gegenüber betont sein mag, das vertragsmäßige Verhalten des Gehilfen niemals eine vertragswidrige Handlung des Schuldners hinsichtlich der Rechtsfolge ausgleichen. Ferner ist Kleineidam entgegenzuhalten, daß nicht jeder Dritte Erfüllungsgehilfe einer Unterlassungspflicht ist, sondern nur ein ganz bestimmter Kreis von Personen.[2])

Der gelegentlich von Wendt[3]) angeführte und dann auch von Stephan[4]) vorgebrachte Einwand, § 278 BGB. sei darum unanwendbar, weil die Zuwiderhandlung des Dritten nicht Erfüllung, sondern das gerade Gegenteil davon sei, beruht auf einer Verkennung der Sachlage. Ist denn etwa bei positiven Verbindlichkeiten die vertragswidrige Handlung des Gehilfen nicht ebenfalls Zuwiderhandlung und nicht Erfüllung?! Es kommt, wie Goldmann-Lilienthal[5]) zutreffend ausführen, nicht darauf an, daß das schädigende Verhalten des Gehilfen sich als Erfüllungshandlung darstellt, sondern darauf, ob durch ihr Verschulden eine nicht gehörige Erfüllung veranlaßt ist.

Ferner schlägt auch das mehrfach eingeworfene Argument, bei Unterlassungspflichten könne man nicht sagen, daß man sich eines Dritten zur Erfüllung „bediene“,[6]) nicht durch. Der Dritte soll ja nicht die Erfüllung, sondern die Erhaltung der Erfüllungsmöglichkeit bewirken. Es widerspricht auch m. E. nicht einmal dem Sprachgefühl, von den Personen, die man anweist, die verbotene Handlung nicht vorzunehmen, zu sagen, man „bediene“ sich ihrer zur Erhaltung der Erfüllbarkeit und damit indirekt zur Erfüllung.

Im übrigen geht dieser Einwand aber schon deshalb fehl, weil die Absicht, die Erfüllungsgehilfen zum Zweck der Erfüllung zu verwenden,[7]) nach herrschender Meinung garnicht erforderlich ist.[8]). Es liegt hierin allerdings vielleicht der psychologisch am stärksten wirkende Grund dafür, weshalb man immer wieder die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf Unterlassungspflichten von vornherein ablehnt. Tatsächlich wird wohl bei der Mehrzahl der positiven Verbindlichkeiten mit der Zuziehung der Hilfspersonen die Herstellung des Erfüllungserfolges bezweckt, während dies bei Unterlassungspflichten ausgeschlossen ist[9]).

---

[1]) Vgl. oben S. 19.
[2]) Vgl. oben S. 75 und unten IV, 2.
[3]) Vgl. oben S. 25
[3]) Vgl. oben S. 23.
[5]) Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, 2. Aufl. 1903. S. 328.
[6]) vgl. oben S. 20.
[7]) Brodmann: a. a. O. S. 256 hält diesen Gesichtspunkt für ausschlaggebend, ebenso Bruck a. a. O. S. 110 ff., 119.
[8]) Vgl. Planck: § 278 Anm. 2b; Staudinger § 278 Anm. 2a; Oertmann: § 278 2b; Krückmann: a. a. O. S. 245; Fuchs: Die Haftung d. Mieters von Räumen usw. Gruch. Bd. 63 S. 277 ff., S. 203.
[9]) vgl. oben S. 18 u. S. 26 ff.

Ebenfalls verschlägt es nichts, daß bei Unterlassungspflichten von einem „Helfen“ nicht die Rede sein kann. Das aus dem Ausdruck „Erfüllungsgehilfe“ abgeleitete „Helfen“ wird vom Gesetz gar nicht vorausgesetzt.

Der Einwand Lehmanns[1]), daß die tatsächlichen Verhältnisse bei Unterlassungspflichten keine „schablonenmäßige Festlegung der Haftung“ vertrügen, geht schon deshalb fehl, weil § 278 BGB. dispositiven Charakters ist.

Von den Gründen gegen die Anwendbarkeit des § 278 BGB. hält also nicht einer stand. Sie alle sind bewußt[2]) oder unbewußt aus der Ausdrucksweise des Gesetzes hergeleitet, sind darum nur formaler, aber nicht sachlicher Natur. Das zeigt sich besonders darin, daß von keiner Seite die Notwendigkeit einer Haftpflicht des Unterlassungsschuldners für Verstöße Dritter in Abrede gestellt wird. Nur glaubt man, daß sie im Gesetz nicht angeordnet sei, teils weil man dem § 278 BGB. einen nicht zutreffenden Rechtsgedanken unterschiebt, teils weil man es überhaupt vernachlässigt, die ratio der Bestimmung zu Rate zu ziehen, und dann ihre Anwendung deshalb ablehnt, weil man mit dem Begriff des Erfüllungsgehilfen die Vorstellung eines aktiven Tätigwerdens des Dritten verbindet. Aus unseren Ausführungen hat sich indessen ergeben, daß ein Fehler[3]) bei der Abfassung des Gesetzeswortlautes die Quelle der Schwierigkeiten ist, und daß man deshalb keine Berechtigung besitzt, die Heranziehung des § 278 BGB. in einem Falle auszuschließen, wo Sinn und Zweck der Bestimmung die Anwendbarkeit unabweislich fordern.

---

[1]) vgl. oben S. 21, Anm. 4.

[2]) vgl. Mittelstein: a. a. O. S. 316, dem die Anwendung des § 278 auf Unterlassungspflichten als eine „Vergewaltigung der deutschen Sprache“ erscheint, und Schneider: (a. a. O. S. 31.) der von einer „seltsam verknitterten Auffassung“ spricht.

[3]) Daß die Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 278 auf Unterlassungspflichten auf einem Fehler in der Abfassung des Gesetzes beruhen, betonen mit Recht auch Pagenkämper S. 44 und Wendt S. 66.

IV. Interpretation des § 278 BGB. im Hinblick auf Unterlassungsverbindlichkeiten im einzelnen.

1. Fallen unter die „Verbindlichkeiten" des § 278 BGB. auch die sekundären Unterlassungspflichten?

Als Ergebnis der vorangegangenen Erörterungen ist die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf **selbständige** Unterlassungspflichten festgestellt worden. Fallen unter die „Verbindlichkeiten" des § 278 BGB. auch die **unselbständigen** Unterlassungspflichten?

Nach der eingehenden Untersuchung ihres Wesens und ihrer Rechtsnatur kann uns die Antwort auf diese sehr umstrittene Frage nicht schwer fallen. Die Verpflichtung, Handlungen zu unterlassen, die eine Vereitelung, Beeinträchtigung oder Gefährdung des Vertragszweckes enthalten, ist eine Unterlassungspflicht wie alle anderen mit dem einzigen Unterschiede, daß ihre Erfüllung oder Verletzung rechtserheblich ist nur so weit und insofern, als damit zugleich die primäre Hauptpflicht erfüllt oder verletzt wird. Zweifel darüber, ob man sich zur Erfüllung oder genauer zur Erhaltung der Erfüllungsmöglichkeit dieser Pflichten dritter Personen bedienen kann, können demnach garnicht aufkommen, wenn man sich nur darüber im klaren ist, daß die Mitwirkung der Dritten rechtlich bedeutsam natürlich wieder nur in dem Maße ihrer Auswirkung auf die Erreichung des Leistungserfolges ist.

Für sich allein betrachtet ist die sekundäre Unterlassungspflicht zwar keine Verbindlichkeit, weil sie für sich genommen gar nicht existiert, sondern nur die Kehrseite und ein Ausfluß der Hauptpflicht ist. Zur Erfüllung der Hauptpflicht gehört aber nun auch die Beobachtung der sekundären Unterlassungspflicht. Man haftet darum gemäß § 278 BGB. für die Personen, deren man sich zur Erhaltung der Erfüllungsmöglichkeit der sekundären Unterlassungspflicht bedient, schon aus dem Grunde, weil man sie dadurch zugleich zur Erfüllung der Hauptpflicht benutzt.

Für die Haftung auch in diesem Falle spricht aber auch der Zweckgedanke des § 278 BGB. Eröffnet oder beläßt der Schuldner, z. B. der Mieter, andern die Möglichkeit, Beschädigungen an der gemieteten Sache anzurichten, verbietet ihnen jedoch pflichtgemäß eine derartige Handlungsweise, so ist die Rechtslage des Gläubigers im selben Maße wie bei selbständigen Unterlassungspflichten gefährdet. Es wird nun eher mit dem Eintritt eines Schadens zu rechnen sein, als wenn die Herbeiführung des Obligationserfolges allein vom Schuldner abhängig wäre, und der Gläubiger wird den aus 276 BGB. abgeleiteten Ersatzanspruch entbehren, wenn der Dritte sich schuldhaft verhält.

Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf sekundäre Unterlassungspflichten ist bisher nur von Krier[1]) und Görisch[2]) ausdrücklich

[1]) Krier: a. a. O. S. 22. Er macht den begrifflichen Unterschied zwischen selbständigen und unselbständigen Unterlassungspflichten gar nicht, sondern geht einfach darüber hinweg und führt überall Beispiele für beide Arten der Unterlassungspflichten an.

[2]) Görisch: a. a. O. S. 49.

anerkannt worden. Im übrigen hat sich der Begriff der sekundären Unterlassungspflicht allgemein noch zu wenig eingebürgert.[1]) So kommt es, daß sie in der Literatur über die Erfüllungsgehilfenhaftung meist mit Stillschweigen übergangen wird. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Haftung des Schuldners in diesem Falle überhaupt allgemein verneint würde. Man sucht sie vielmehr auf alle mögliche andere Art und Weise zu erklären.

Schlechthin abgelehnt wird die Anwendung des § 278 BGB. nur von einigen wenigen Schriftstellern, so von Nußbaum[2]), der die Frage zuerst aufgeworfen hat und an den die meisten andern anknüpfen. Nußbaum spricht zwar nicht ausdrücklich von sekundären Unterlassungspflichten, die von ihm angeführten Beispiele ergeben jedoch, daß er neben der sekundären positiven Erhaltungspflicht[3]) auch jene negativen Pflichten im Auge hat. Beide Arten faßt er unter dem Begriff der „Sorgfaltspflicht" zusammen. Verbindlichkeit definiert Nußbaum, wie auch wir es getan haben, als „Verpflichtung zur Leistung", und Leistung als „Übertragung eines Gutes an eine von dem Leistenden verschiedene Person". Im Gegensatz zur Leistung ständen alle jene Handlungen, die dem Destinatär kein Gut zuführen, sondern nur den Handelnden selbst vor Schaden, insbesondere vor Ersatzansprüchen des Gläubigers, bewahren. Die Verpflichtung zu einem Verhalten, führt Nußbaum nun aus, die sich nicht einmal als „Handeln" qualifizieren lasse, stelle sicherlich keine Verbindlichkeit dar. Eine solche Verpflichtung aber sei die „Sorgfaltspflicht".[4]) Als Beispiel führt er das Folgende an: Der Entleiher kostbarer Gegenstände ist verpflichtet, 1. die Gegenstände nach Ablauf der vertragsmäßigen Frist zurück zu gewähren und 2. hinsichtlich ihrer, zumal bei ihrem Gebrauch, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten. Die erste Verpflichtung sei eine „echte", die zweite eine „unechte" Verbindlichkeit.[5]) Solche als „Kehrseite von Gebrauchs- und Nutzungsrechten vorkommenden Instandhaltungs- und Aufbewahrungspflichten", wie überhaupt die „unzähligen anderen als Korrelate von Rechten erscheinenden Pflichten" seien keine „Verbindlichkeiten" im Sinne des Gesetzes, und darum sei § 278 BGB. auf sie nicht anwendbar. Der Schuldner sei für die Personen, welche er in Beziehung zu der geschuldeten Sache setze, „um letztere nach Maßgabe der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt instandzuhalten", nur nach der Regel des § 831 BGB. verantwortlich.[6])

---

[1]) Vgl. oben S. 12 ff.

[2]) Nußbaum: a. a. O. S. 54 ff.; dagegen redet Schneider: (Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB. Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 1 ff.), der sich der Ansicht Nußbaums anschließt, von einer „unselbständigen Negativpflicht".

[3]) Vgl. Lehmann: a. a. O. S. 71 ff. und oben S. 9 Nr. 3.

[4]) Nußbaum: a. a. O. S. 58.

[5]) Nußbaum: a. a. O. S. 59.

[6]) Nußbaum: a. a. O. S. 60.

Die Grundlagen der Lehre Nußbaums sind falsch. Sie sind schon durch das Vorangegangene widerlegt. Es wäre daher überflüssig gewesen, auf seine Lehre einzugehen, wenn nicht Görisch,[1]) der das Wesen der sekundären Unterlassungspflicht richtig erkennt und ihr die Stellung einräumt, die ihr gebührt, gerade gegen Nußbaum ganz unhaltbare Argumente ins Feld führte. Er schließt sich hierin der Beweisführung der meisten Schriftsteller[2]) an, die sich gegen Nußbaum wenden, indem er behauptet, die sekundäre Unterlassungspflicht habe zwar nicht die Übertragung eines Gutes zum Inhalt, jedoch ergebe sich aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt dafür, daß dieses Erfordernis zum Begriff der Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB. verlangt werden müsse.

Wir haben schon ausgeführt, daß auch das auf eine Unterlassung gerichtete Schuldverhältnis die „Überführung des Gläubigers aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung" bezweckt, daß es ihm m. a. W. ein Gut verschafft, das er vor seiner Erfüllung noch nicht besaß. Nicht anders ist es aber auch hinsichtlich der sekundären Unterlassungspflicht. Insofern als ihre Erfüllung ein Stück Erfüllung der Hauptpflicht bedeutet, geht auch sie auf die Übertragung eines Gutes an den Gläubiger! Das zeigt sich schon darin, daß im Falle der Nichterfüllung der sekundären Unterlassungspflicht der Gläubiger den Vorteil, den er vom Schuldner zu erlangen hoffte, nicht erhält: Der Schuldner geht z. B. unvorsichtig mit der verkauften Vase um, sodaß sie zerbricht.

Weil die Hauptpflicht und die sekundäre Unterlassungspflicht unlöslich miteinander verknüpft sind, ist es schon verfehlt, überhaupt „echte" und „unechte" Verbindlichkeiten gegenüber zu stellen. Es gibt im konkreten Einzelschuldverhältnis nur eine Verbindlichkeit. Diese setzt sich aus zwei Pflichtenkomplexen zusammen, dem Leistensollen und dem Haltensollen, der primären Pflicht und den sekundären — positiven und negativen — Pflichten. Was Nußbaum unechte Verbindlichkeiten nennt, ist also in Wirklichkeit ein Stück der einen echten Verbindlichkeit, eine unselbständige Pflicht, deren Erfüllung, Erfüllung eines Stückes der Verbindlichkeit bedeutet und darum unter § 278 BGB. fällt.[3])

Unrichtig und verwirrend ist es, wenn Nußbaum in die „Sorgfaltspflicht" auch noch die allgemeine Pflicht, Rechtsgüter Dritter nicht zu verletzen, einbegreift (vgl. S. 59). Es ist bereits dargetan

---

[1]) Görisch: a. a. O. S. 17 und S. 20.

[2]) K. Fischer: a. a. O. S. 22; Hoffmann: a. a. O. S. 110 ff; Blau: a. a. O. S. 19; Scheuermann: a. a. O. S. 49; Feder: a. a. O. S. 45 und Oertmann: a. a. O. § 278 Anm. 3b.

[3]) Nußbaums Auffassung hat allgemein Ablehnung erfahren, (vgl. z. B Oertmann: a. a. O. § 278 3b; Planck: a. a. O. Vorbem. zu § 275-291, Anm. I, 3b α; Enneccerus: a. a. O. § 267 II, 3 und Anm. 10), allerdings stets mit der oben gerügten unzutreffenden Begründung. Richtig ist an der Polemik der Literatur nur der Hinweis auf die Unbilligkeit der Ergebnisse; vgl. z. B. Fischer: a. a. O. S. 22 f.; Wertheimer: a. a. O. S. 35 ff; Hoffmann: a. a. O. S. 110 ff.; v. Schwartz: a. a. O. S. 19 ff.

(vgl. oben S. 43 f.), daß den allgemeinen Rechtsverboten keine echten Pflichten der einzelnen im Sinne von konkretisierten Willensgebundenheiten entsprechen. Darum ist der Schluß abwegig, daß man, wenn man die Sorgfaltspflicht und die in ihr steckenden sekundären Pflichten mit unter die Verbindlichkeit des § 278 BGB. fallend betrachtet, „soviel Obligationen konstruieren müsse, wie sich aus den vorhandenen Individuen Paare bilden lassen". Ebenso vermag es die systematische Beurteilung und überhaupt das Verständnis der sekundären Unterlassungspflichten nicht zu fördern, daß Nußbaum[1]) die Sorgfaltspflicht als Kehrseite eines Rechtes statt einer Pflicht bezeichnet.

Daß die Unterscheidung von echten und unechten Verbindlichkeiten zu den absonderlichsten Ergebnissen führt, ist in der Literatur des öfteren hervorgehoben worden.[2]) So würde der Entleiher eines Pferdes nicht haften, wenn sein Stalljunge das Pferd beim Striegeln, wohl dagegen, wenn er es verletzt, während er sich auf dem Wege zum Verleiher befindet, dem er das Pferd zurückbringen sollte. Nußbaum gibt selbst zu, daß die sich nach seiner Lehre ergebenden Entscheidungen unbillig sind, jedoch „entsprächen sie dem Geist des BGB." (!) (s. Nußbaum S. 60—61).

Wie einmütig man den Standpunkt Nußbaums allgemein zurückgewiesen hat, so uneinig ist man sich jedoch in der Begründung einer anderen Ansicht. Abgesehen von einigen wenigen Schriftstellern,[3]) auf die später zurückzukommen ist, übersieht man allgemein, daß es sich bei der „Sorgfalts"- oder „Obhuts"-Pflicht, der „Pflicht zur Bewahrung und Bewachung der geschuldeten Sache" oder der „Pflicht zur pfleglichen Behandlung der Miet- oder Leihesache" um die sekundären Pflichten, besonders die sekundären Unterlassungspflichten handelt. Darum entbehrt man einer sicheren Grundlage zur Lösung des Problems. So erklärt sich denn auch der Wirrwarr der verschiedenen Meinungen, über den, was die Verhältnisse bei der Miete angeht, die Darstellung von Fuchs[4]) ein anschauliches Bild gibt, und angesichts dessen Brodmann[5]) von dem „trostlosen Zustande, in dem sich die Doktrin befinde", spricht. Die meisten Schriftsteller geben sich gar keine Mühe, ein festes Kriterium für eine Abgrenzung der Haftungsfälle zu finden, sondern verlieren sich von vornherein in einer mehr oder weniger planlosen Kasuistik. Immerhin lassen sich, je nachdem die Grenzen der Haftung enger oder weiter gezogen werden, mehrere Gruppen von Ansichten unterscheiden. Im folgenden soll gezeigt werden, daß keine derselben zu einem allseitig befriedigenden Ergebnisse führt.

Zunächst sei jedoch darauf hingewiesen, daß — soweit ich sehe — alle Schriftsteller sich auf die Erörterung der Fälle beschränken, in denen sich die primäre Leistungspflicht die Rückgabe einer fremden zu Gebrauch, Verwahrung usw. überlassenen oder die Verschaffung einer

---

[1]) Dieser Fehler wird in der Literatur auch sonst vielfach begangen; vgl. darüber unten im selben Abschnitt bei der Besprechung Krückmanns.

[2]) Vgl. darüber Feder: a. a. O. S. 14 f. und die in der vorletzten Anm. genannte Literatur.

[3]) Mittelstein: a. a. O. S. 314; Lehmann: a. a. O. S. 195 ff.; Staudinger: a. a. O. § 278 Anm. I 2b.

[4]) Fuchs: a. a. O. Gruch. Bd. 63 S. 277 ff.

[5]) Brodmann: a. a. O. S. 246.

eigenen z. B. verkauften Sache zum Inhalt hat. Wie es in den anderen Fällen, in denen die Verpflichtung sich nicht auf ein körperliches Gut bezieht, in denen also von einer Obhut usw. keine Rede sein kann, gehalten werden soll, wird nicht erklärt. Man denke z. B. an den schon einmal erwähnten Fall eines Erziehungsvertrages. Der Anstaltsleiter eröffnet einer Person, die an und für sich in der Anstalt nichts zu suchen hat, die Möglichkeit, vor den ihm anvertrauten Zöglingen Vorträge zu halten, verbietet ihm aber eine schädliche Beeinflussung der Schüler. Wenn diese Person nun irgendwie verderblich auf die jungen Menschen einwirkt und dadurch das Erziehungswerk zu Schanden macht, so erscheint eine Verantwortlichkeit des Schulleiters billig. Wie soll sie begründet werden? — Nicht anders ist es etwa in dem Fall, daß der Dienstherr andere Personen in die Lage versetzt, die von ihm getroffenen Einrichtungen zur Erhaltung der Gesundheit und Sittlichkeit des Dienstpersonals zu verändern oder zu beseitigen — wohl bemerkt: ohne sie damit zu betrauen, die Einrichtungen positiv herzustellen oder zu erhalten, so daß sie zu Erfüllungsgehilfen der positiven Pflicht aus § 618 BGB. würden — und diese trotz des Verbotes des Dienstherrn schädlich auf dieselben einwirken.

Was aber die von der Literatur behandelten Tatbestände anbetrifft,, so seien zunächst die Ansichten Brucks[1]) und Josephs[2]) angeführt.

Diese beiden Schriftsteller verlangen als Voraussetzung für die Anwendung des § 278 BGB., daß dem pflichtwidrig handelnden Dritten die Erfüllung der Obhutspflicht vom Mieter, Entleiher, Verwahrer usw. **ausdrücklich übertragen** worden sei. Darum habe der Mieter keineswegs immer für die Beschädigungen der Mietsache durch die von ihm in die Wohnung aufgenommenen Personen, seien es auch seine eigenen Familienangehörigen, zu haften. Bruck gelangt auf Grund seiner Ausicht zu dem eigentümlichen Ergebnis, daß der Ehemann eine von seiner Frau zerbrochene Fensterscheibe dann nicht zu ersetzen hat, wenn es sich um eine wohlhabende Familie handelt, denn hier diene die Frau nicht der Instandhaltungspflicht, sondern „halte sich in der Wohnung nur auf". Dagegen müsse der in kleinen Verhältnissen lebende Arbeiter für ein Verschulden seiner Frau aufkommen. In der Frage der Haftung für Dienstboten kommt es nach Bruck darauf an, wie die Arbeiten in einem Haushalt mit mehreren Dienstboten unter diese verteilt sind. Nur bei einer Verrichtung. die in den bestimmten Kreis ihrer Pflichten falle, liege eine Erfüllungshandlung im Sinne des § 278 BGB. vor. Macht sich aber etwa die Köchin im Kinderzimmer, der Diener in der Mädchenkammer zu schaffen, dann sei die Haftung aus § 278 BGB. ausgeschlossen.

---

[1]) Bruck: Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte, besonders Familienangehörige und Dienstboten, Arch f. bürgerl. Recht, Bd. 27, S. 110 ff., bes. S. 120.

[2]) Joseph: Die Haftung des Wohnungsmieters für Beschädigung durch seine Hausgenossen. J. W. 1913 S. 1026 ff.

Joseph meint, daß der Mieter die Obhutspflicht — richtig müßte es heißen, die Erfüllung dieser Pflicht — dem Hausverwalter, dem Aftermieter und den Personen übertrage, die er mit der im **Interesse des Vermieters** erforderlichen Behandlung von Teilen der Mietsache betraue, z. B. mit der **besonders übernommenen** wöchentlichen Reinigung der Flurfenster. Er habe jedoch nicht eine Verbindlichkeit zu bestimmten Verrichtungen betreffs der Mieträume allgemein oder der Wasserleitung, bediene sich darum hierbei auch nicht seiner Angestellten mit der Wirkung des § 278 BGB. Demnach hat der Vermieter den Schaden zu tragen, wenn die Frau oder die Dienstboten des Mieters die Wohnräume beschädigen.

Die sonderbaren Resultate zeigen schon, daß die Auffassung dieser beiden Schriftsteller nicht richtig sein kann. Joseph[1]) selbst gesteht ein, daß seine Entscheidungen „hart und unbillig" und nicht im Einklang mit den Verkehrsbedürfnissen sind.

Etwas weiter ziehen die Verantwortlichkeit des Schuldners Planck[2]), Oertmann[3]), Dernburg[4]) und andere.[5])

Planck unterscheidet die Pflicht zur Erhaltung einer **fremden** und einer **eigenen** geschuldeten Sache. Im ersten Falle handele es sich um eine selbständige Pflicht mit Leistungscharakter, im letzten Fall dagegen um eine unselbständige oder sekundäre Pflicht. Diese Unterscheidung ist nicht gerechtfertigt. Daß auch im ersten Fall eine **sekundäre** Pflicht vorliegt,[6]) geht daraus hervor, daß ihre Verletzung Rechtserheblichkeit nur besitzt, wenn dadurch zugleich die Erfüllung der Hauptpflicht zur Rückgabe der Sache vereitelt oder beeinträchtigt wird. Verzichtet aber der Verleiher auf die Rückgabe, so kann er auch aus einer schon erfolgten Zerstörung derselben keine Rechtsfolgen herleiten! Die Sachlage ist rechtlich also beide Male dieselbe. Planck läßt nun Erfüllungsgehilfenschaft hinsichtlich der Obhut nur im Falle der Rückgabe-, nicht der Verschaffungspflicht zu. Von einer für die Anwendbarkeit des § 278 BGB. erforderlichen Übertragung der **Obhut** könne man jedoch nur reden, wenn die Sache einem andern etwa zur Reinigung oder Bearbeitung — so dem Dienstmädchen die Fußböden zum Putzen — anvertraut sei, nicht genüge die bloße Gestattung der Mitbenutzung, es sei denn, daß der zur Mitbenutzung Berechtigte den Schuldner in der Obhut zu unterstützen habe, wie im Zweifel seine Ehefrau, oder ein Dienstbote oder Gast, dem er die Bewahrung der Wohnung während seiner Abwesenheit anvertraue, sodaß sie den **Alleingewahrsam** erhielten. Anderseits läßt Planck den Spediteur für schuldhafte Beschädigungen, die der Möbeltransporteur in dem von ihm zu betretenden

---

[1]) Joseph: a. a. O. S. 130.
[2]) Planck: a. a. O. § 278 Anm. 1b und 2b ß in Verbindung mit Anm. I, 3b ∝ Vorbem. zu §§ 275—292.
[3]) Oertmann: a. a. O. § 278 Anm. 3b und § 549 Anm. 7.
[4]) Dernburg: a. a. O. § 68 III, c.
[5]) vgl. S. 86, Anm. 2.
[6]) So auch Krückmann: a. a. O. S. 238.

Raume anrichtet, haften, und ebenso den Malermeister für seinen Gehilfen, der bei der Arbeit fahrlässig die Möbel des Gläubigers mit Farbe bespritzt.

Die Ansicht Plancks wird im wesentlichen von Oertmann geteilt. Für Gäste sei der Mieter verantwortlich nur, insoweit ihnen geradezu die Obhut anvertraut sei, wie während einer Reise des Mieters. Bei den Dienstboten komme es darauf an, ob das Verschulden gerade bei der ihnen übertragenen Handlung vorgekommen sei.[1]) Für Kinder, insbesondere unerwachsene, hafte man in wohlhabenden Volkskreisen nicht.

Auch Dernburg verlangt, daß den Dritten die Obhut anvertraut gewesen sei. Nicht hafte man schon für den, dem man nur die Ausübung seiner Befugnisse gestatte, so z. B. nicht für Logiergäste.[2])

Auch die Auffassung dieser drei Autoren führt nicht zu den von der Verkehrsauffassung und der Billigkeit geforderten Ergebnissen. Der Mieter muß z. B. allgemein für seine Hausgenossen haften, gleich ob ihnen die Obhut, im Sinne einer Pflicht zu positiven Maßnahmen bezügl. eines Teils der Mietsache übertragen war! Dernburg gibt selbst zu, daß seine Entscheidungen befremdlich seien.

Zu einer dem Verkehrsbedürfnis mehr gerecht werdenden Ausdehnung der Haftung gelangen der K. v. RGR.[3]), Enneccerus[4]), Titze[5]) u. a.[6]).

Nach dem K. v. RGR. haftet der Schuldner für Verschulden aller Personen, deren Tätigkeit nur in irgend einer Beziehung der Erfüllung gedient hat, der Mieter z. B. für seine Angehörigen, Dienstboten und für seine Gäste dann, wenn ihnen der **Gebrauch** der Sache überlassen war. An anderer Stelle schränkt der Kommentar die Haftung allerdings durch den Zusatz wieder ein: „insoweit er diesen Personen die Obhut und Behandlung der Mieträume anvertraut oder überlassen hat".[7])

Nach Titze fällt unter den § 278 BGB. auch die Erfüllung der „Bewachungspflicht". Deshalb (!) hafte der Mieter für seine Dienstboten. Aber auch für seine Gäste hafte er dann, wenn sie notwendigerweise mit dem Gegenstand des Schuldverhältnisses in Berührung kommen.[8])

Enneccerus meint, daß der Mieter durch Aufnahme von Gästen die Mietsache ganz oder teilweise „der Einwirkung eines andern

---

[1]) Darüber, zu welchen Konsequenzen diese Ansicht führt, vgl. unten IV, 3.

[2]) Ähnlich entscheiden sich: Schütz: a. a. O. S. 29; Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit usw, 1900, S. 104 f.; Goldmann-Lilienthal: a. a. O. S. 326 f.; Brückner: Die zivilrechtliche Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer usw. „Recht" 1901, S. 309, 339, 373; Niendorff: Das Mietrecht nach dem BGB., 10. Aufl. 1914, S. 224 f.; Fischer: a. a. O. S. 26.

[3]) K. v. RGR. § 278 Anm. 3

[4]) Enneccerus: a. a. O. § 267 Anm. 9 und II 3 und Anm. 10.

[5]) Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1900. S. 89 f.

[6]) Vgl. die Anmerkung S. 87.

[7]) Über eine andere merkwürdige Einschränkung vgl. unten IV, 3.

[8]) Ähnlich Wendt: a. a. O. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 92. S. 66. f.

unterstelle". Damit vertraue er ihnen insoweit auch die Obhut an und hafte demnach für ihr Verschulden.[1])

Windscheid-Kipp[2]) zufolge hat der Mieter deshalb für seine Gäste einzutreten, weil er sie zum **Mitgebrauch** der Sache heranziehe.[3])

Endemann[4]) führt aus, es entspräche der Gerechtigkeit, daß der Schuldner alles zu vertreten habe, was die **in seinem Interesse mitwirkenden Personen** verursachen.

Nach Feder[5]) ist § 278 BGB. extensiv zu interpretieren: Die Verantwortlichkeit des Schuldners sei gegeben, wenn die schädigende Unterlassung „bei der Erfüllung, bei der Vorbereitung oder der Ermöglichung der Erfüllung, oder endlich bei der Ausübung der dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses zustehenden Befugnisse erfolge". Der Verkäufer hafte für die Leute, denen er die **Obhut** der Sache **anvertraut** habe, der Mieter hafte, wenn er die Sache einem andern „überlasse". In jedem Falle müsse der Dritte zu dem Gegenstand der Obligation „in eine unmittelbare Beziehung gebracht sein". Stets sei ferner erforderlich, daß der Schuldner die Hilfspersonen zur Ausübung oder Unterstützung seines Rechts zugezogen habe (!), es könne nicht genügen, daß er ihnen den Zugang zu der geschuldeten Sache geöffnet habe. Für das Verschulden des Schlossers und seiner Gehilfen, die bei der Arbeit, etwa der Reparatur eines Koffers, den Fußboden beschädigen, brauche der Mieter nicht einzustehen; ihrer bediene er sich nicht zur Ausübung des ihm anvertrauten Gebrauchsrechtes. Anders sei es bei einer Reparatur des Türschlosses!

Ähnlich unbestimmt spricht Hoffmann[6]) davon, daß der Mieter seine Kinder und Familienangehörigen sowie seine Gäste vorsätzlich in den Rahmen der Obligation versetze (!) und sie so teilnehmen lasse an den Pflichten, die ihm obliegen.

Gerade bei den zuletzt angeführten Schriftstellern tritt es ganz unverkennbar zu Tage, wie sehr ihre Ausführungen darunter leiden, daß sie sich nicht darüber im klaren sind, um welche Pflicht es sich in den in Rede stehenden Fällen eigentlich handelt, für deren Verletzung der Schuldner aufzukommen hat. So gebricht es ihren Darstellungen an einer einheitlichen Durchführung nach einem feststehenden Gesichtspunkte, und immer wieder behandeln sie gleichliegende Tatbestände verschieden.

Um so befremdlicher erscheint es da, daß Schriftsteller, wie Lehmann[7]), Mittelstein[8]) und Staudinger[9]) die sehr wohl erkennen,

[1]) Ähnlich K. Fischer: a. a. O. S. 60 f.
[2]) Windscheid-Kipp: a. a. O. § 265.
[3]) Ähnlich Heinsheimer: a. a. O. S. 135.
[4]) Endemann: a. a. O. § 116 Nr. 1 u. 2.
[5]) Feder: a. a. O. S. 46—49.
[6]) Hoffmann: a. a. O. S. 143.
[7]) Lehmann: a. a. O. S. 192 ff.
[8]) Mittelstein: a. a. O. S. 314 f.
[9]) Staudinger: § 278 Anm. I 2b; Krier glaubt, Staudinger befürworte die unmittelbare Anwendung des § 278 auf sekundäre Unterlassungspflichten (S. 31 Anm.), jedoch ergibt sich m. E. aus seinen Ausführungen klar, daß er nur Erfüllungsgehilfen in der sekundären positiven Pflicht kennt.

daß wir es hier mit der sekundären Unterlassungspflicht zu tun haben, gleichwohl § 278 BGB. nur insoweit für anwendbar halten, als man sich des andern zugleich zur Erfüllung der **sekundären positiven Pflicht** zur Erhaltung der Leistungsmöglichkeit bediene.

Diese Auslegung beruht auf der falschen Auffassung, daß der dem § 278 BGB. zu Grunde liegende Gesichtspunkt nur auf die Haftung bei positiven Verpflichtungen zutreffe. Wir haben aber auf Grund der Untersuchung des Wesens der Unterlassungspflicht und ihres Erfüllungstatbestandes sowie der ratio des § 278 das Gegenteil festgestellt.

Die Ansicht Lehmanns und seiner Anhänger muß notwendig zu einer nicht gerechtfertigten Einschränkung der Haftung führen, da nicht in allen Fällen von Verletzungen der sekundären Unterlassungspflicht durch Dritte, denen der Schuldner die Möglichkeit dazu eröffnet oder beläßt, den Dritten auch die Erfüllung der sekundären positiven Erhaltungspflicht übertragen war.

Nun genügt zur Übertragung der sekundären positiven Pflicht, wie zuzugeben ist, auch, daß dem Dritten der Gewahrsam der Sache übertragen war. Das ergibt sich aus dem Charakter dieser Pflicht als einer verhaltenen, oder besser latenten, d. h. nicht in jedem Augenblick zu erfüllenden Pflicht; denn da sie darauf gerichtet ist, daß der Schuldner schädliche Einwirkungen, die die Sache bedrohen, abzuwehren hat, wird sie nur von Zeit zu Zeit aktuell. Schließlich kann man noch einen Schritt weiter gehen und auch schon ausreichen lassen, daß der Schuldner dem Gehilfen eine Tätigkeit aufgetragen hat, deren unsorgfältige Besorgung eine Beschädigung des geschuldeten Gegenstandes adäquat verursachen kann, demnach hätte z. B. der Schneider für den Lehrjungen zu haften, der bei der Besorgung des Ofens unvorsichtig verfährt, sodaß die Werkstatt in Brand gerät und der zur Ausbesserung dort hängende Anzug des Gläubigers verbrannt wird. Dieser Schaden war nämlich nach der Erfahrung des Lebens als Folge der Fahrlässigkeit des Lehrlings vorauszusehen.

Aber es kommen viele Fälle vor, in denen den Dritten **keinerlei positive Verpflichtungen** übertragen war! Wem man den Mitgebrauch einer geschuldeten Sache gestattet, dem überträgt man durchaus nicht immer die Erfüllung der Erhaltungspflicht, wie Lehmann meint. Man denke an vorübergehend anwesende Gäste und Besucher des Wohnungsmieters und an die Kunden des Mieters eines Geschäftslokales. Von diesen Leuten kann der Mieter unmöglich eine positive Tätigkeit zur Abwendung der der Mietsache drohenden Gefahren erwarten.[1]) Nur unter Heranziehung der sekundären Unterlassungspflicht kann man hier zu der der Billigkeit entsprechenden Verantwortlichkeit des Schuldners gelangen.

Am nächsten der richtigen Lösung steht Rehbein.[2]) Er führt, was die Verhältnisse bei der Miete angeht, aus, daß es sich hier um die Erfüllung der Pflicht, „die Mietsache nicht vertragswidrig zu

---

[1]) Vgl. Krier: a. a. O. S. 7.

[2]) Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899. Bd. II § 109 Anm. 93.

gebrauchen", „nicht zu verändern oder zu verschlechtern", also um eine **Unterlassungspflicht** handelt. Jedoch geht er nicht weiter auf die Frage ein, sondern begnügt sich damit, festzustellen, daß der Mieter für die Personen haftet, denen er die Ausübung des Gebrauchsrechtes überläßt, da damit die genannte Pflicht verbunden sei. So kommt er zu dem m. E. falschen Ergebnisse, daß der Mieter für den Musiklehrer seiner Kinder und für die von ihm beschäftigten Handwerker nicht einzustehen habe.

Zum Schluß muß auf die Lehre Krückmanns[1]) eingegangen werden. Sie hat nur die Fälle im Auge, in denen man auf Zeit berechtigt ist, eine **fremde Sache** zu besitzen und zu nutzen. Hier trete die Haftung, führt Krückmann aus,[2]) auf Grund **„schuldhafter Rechtsausübung"** ein, die, „wie so vieles andere, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sei".[3]) Fälschlich würde, weil § 276 und § 278 BGB. nichts von der Ausübung der Rechte sagten, vom Schrifttum und der Rechtsprechung jeder Fall der Rechtsausübung in eine Pflichterfüllung umgedeutet. Krückmann meint, daß unter den Begriff „Verbindlichkeit" im Falle des § 278 BGB. nur die primäre Leistungspflicht falle, also etwa die Pflicht des Mieters, die Sache nach beendeter Mietzeit zurückzugeben, nicht dagegen die sekundären Pflichten zur Erhaltung und Unterlassung, wie die Pflicht zur pfleglichen Behandlung der Mietsache. Man dürfe aber nicht „die Beschädigung der zurückzugebenden Sache beim Gebrauche" als Verletzung dieser Rückgabepflicht ansehen, und so „aus der Sorgfaltspflicht bei der Rechtsausübung eine Sorgfaltspflicht bei der Pflichterfüllung machen".[4])

Aus der zuletzt angeführten Äußerung Krückmanns ergibt sich schon, daß auch er weniger die Ausübung eines Rechts, als vielmehr die Verletzung einer Pflicht, eben der Sorgfaltspflicht als eigentlichen Haftungsgrund ansieht. Der von ihm geprägte Begriff der „schuldhaften Rechtsausübung" ist darum nicht im Wortsinne zu verstehen, denn dann würde er soviel bedeuten wie „pflichtwidrig-rechtmäßiges Handeln", was genau so unmöglich ist wie „rechtmäßiges Verschulden". Wie Krückmann an anderer Stelle[5]) ausführt, handelt es sich vielmehr um ein „Verschulden bei der Vornahme der Rechtsausübungshandlung". Ich vermag aber keinen Grund dafür zu finden, weshalb dem Umstand, daß den Anlaß zu der Pflichtverletzung die Ausübung eines Rechtes gegeben hat, entscheidende Bedeutung beigemessen werden soll.[6])

---

[1]) Krückmann: a. a. O. Iherings Jahrb., Bd. 65, S. 209 ff.
[2]) Vgl. besonders S. 263.
[3]) a. a. O. S. 213.
[4]) a. a. O. S. 212.
[5]) Krückmann: a. a. O. S. 220.
[6]) Gegen den Gedanken der Rechtsausübung als Haftungsgrund wendet sich schon Rang (Die Haftung des Schuldners für Dritte. Diss. Bonn 1886. S. 24), ähnlich auch Buchholz (a. a. O. S. 48). Rang führt S. 24 aus: „Man hat aber gesagt, es gebe Gehilfen auch in Ausübung von Rechten des Schuldners, und dahin sollen die Hausgenossen, After-

(s. nächste Seite.)

Krückmann kommt zu seiner Ansicht, weil er die Erfüllung der sekundären Pflichten nicht als Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB. gelten lassen will. Freilich hat er Recht, wenn er betont, daß es eine selbständige Obhutspflicht nur bei der Verwahrung gebe,[1]) daß man aber unter dem Gesichtspunkte der primären Leistungspflicht im Sinne der Pflicht zur Rückgabe der fremden geliehenen, gemieteten usw. Sache die Haftung für dritte Personen, die man nur an der Ausübung der Entleiher-, Mieterrechte usw. teilnehmen lasse, aus § 278 BGB. nicht begründen könne. Aber darum erscheinen seine Konsequenzen doch nicht gerechtfertigt. Denn, wie oben auseinandergesetzt worden ist, bedeutet die Erfüllung der sekundären Unterlassungspflicht ein Stück Erfüllung der Leistungspflicht und ist insofern auch Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB.!

Wie sollte man denn auch die Verantwortlichkeit des Schuldners in Fällen, wie dem der bloßen Platzleihe beurteilen? Man denke etwa daran, daß der Verkäufer die schon übereignete Sache noch eine Zeit lang in seinem Raume liegen lassen soll. Hier ist von der Ausübung eines Rechtes, an der man Dritte teilnehmen lassen könnte, keine Rede! Wenn der Schuldner hier dritten Personen die Möglichkeit gewährt hat, auf die Sache einzuwirken, soll er da beim Mangel eigenen Verschuldens für eine Zerstörung der Sache durch Dritte nicht haften?

Wie soll schließlich der Personenkreis, den der Schuldner an seinem Rechte teilnehmen läßt, abgegrenzt werden? Nach Krückmann[2]) kommt es hier darauf an, ob die Mitwirkung des Dritten im **Interesse des Schuldners** erfolgt. Darum hafte er z. B. nicht für Beschädigungen, die der Lieferant anrichte. M. E. sucht der Lieferant den Schuldner aber auch in dessem eigenem Interesse auf, zumal wenn letzterer ihn bestellt hat. Überhaupt ist aus dem Gesichtspunkte, ob eigenes oder fremdes Interesse, eine sichere Grenzbestimmung nicht möglich. Auch gibt das Gesetz für eine derartige Abgrenzung keinen Anhalt.[3])

Zur Rechtsausübung gehört es nach Krückmann nicht mehr, „wenn das Dienstmädchen, um die Herrschaft zu ärgern, die Wohnung beschädigt".[4]) Wohl müsse die Haftung dann eintreten, wenn unerwachsene

---

mieter usw. gehören. Die Unnatur dieser Konstruktion ergibt sich daraus, daß in Mitausübung oder alleiniger Ausübung der Rechte jemandes ich keinen Schaden verursachen kann. Eine solche Möglichkeit liegt nur vor, wenn mit dem auszuübenden Recht Pflichten verbunden sind. Dann aber liegt wiederum Beihilfe in Erfüllung von Verpflichtungen vor, und eben diese eximiert den Gehilfen nicht von dem Prinzip der Haftung, das z. B. bei Kindern des Mieters gilt. Von anderen Schriftstellern hat sich nur Krier: a. a. O. S. 9 ff gegen Krückmann gewandt, der seine Lehre als „zu ungenau und unbegründet" ablehnt.

[1]) Krückmann: a. a. O. S. 238.

[2]) Krückmann: a. a. O. S. 243 und 247: ebenso Joseph a. a. O. S. 103.

[3]) So Oertmann: a. a. O. § 278 Anm. 2b.

[4]) Krückmann: a. a. O. S. 244.

Kinder, denen man daraus keinen Vorwurf machen könne, Schaden anrichten.[1]) Wohl mit Recht wendet sich Krier[2]) gegen diese von Krückmann gezogenen Folgerungen.

Auch Krückmanns Lehre vermag also nicht zu befriedigen.

Dieser Überblick über die in der Literatur vertretenen Meinungen ist unbedingt zu Gunsten der oben[3]) vorangestellten Ansicht ausgefallen, nach der nur die **Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht,** und **nicht ein Verstoß gegen irgendwelche Obhuts- und Bewachungspflichten** die Entscheidungsgrundlage in den in Rede stehenden Fällen abgeben kann!

Legt man die Verletzung einer sekundären Unterlassungspflicht der Haftung zu Grunde, so lassen sich **alle** Fälle, in denen die Frage nach der Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte auftaucht, ohne Schwierigkeiten entscheiden. Die Literatur behandelt dagegen nur die Fälle, in denen die Rückgabe oder die Verschaffung einer **Sache** den Inhalt der Hauptpflicht bildet.

Nach den im Schrifttum herrschenden Auffassungen läßt sich die Haftung dann nicht begründen, wenn, wie im Falle der Platzleihe, weder von einer positiven **Erhaltungspflicht** noch von einer **Rechtausübung,** noch von einem **Gebrauch** der Sache die Rede sein kann.

Selbst in den nun noch übrig bleibenden Fällen gelangt ein großer Teil der Schriftsteller zu einer von manchen selbst zugegebenen unbilligen Einschränkung der Haftung, und die andern führen für ihre Ansicht juristisch nicht einwandfreie und unklare Begründungen an. Das zeigt sich besonders darin, daß jeder unter der erforderlichen „Übertragung der Obhut" oder „der Gebrauchsüberlassung" usw. etwas anderes versteht[4]).

Gegen alle ist schließlich einzuwenden, daß es auf die Gebrauchsüberlassung gar nicht ankommt, sondern auf die Übertragung der Erfüllung einer Pflicht! Es geht aber nicht an, in allen Fällen, in denen Dritten die Mitbenutzung der geschuldeten Sache gestattet wird, eine Verpflichtung derselben anzunehmen, positiv für die Erhaltung der Sache tätig zu werden.[5])

So läßt es sich nicht sagen, daß sich der Schuldner vorübergehend anwesender Besucher, der Arzt sich seiner Patienten, der Rechts-

---

[1]) a. a. O. S. 266.
[2]) Krier: a. a O. S. 33.
[3]) vgl. oben S. 80.
[4]) Vgl. darüber Krückmann: a. a. O. S. 232; Fuchs: a. a. O. S. 298 ff. und Brodmann: a. a. O. S. 259. Nach Umfang und Art ist der Mitgebrauch durchaus verschieden, z. B. bei den Angehörigen, zur Vornahme von Arbeiten bestellten Handwerkern und etwa dem Bäckerburschen, der morgens die Brötchen bringt.
[5]) Vgl. Goldmann-Lilienthal: a. a. O. S. 326 f.; Brodmann: S. 248; Schütz: a. a. O. S. 29; Dernburg: a. a. O. § 68, III c.; Krückmann: a. a. O. S. 244 f.

anwalt sich seiner Klienten, der Ladeninhaber sich seiner Kunden zur Erfüllung seiner Pflicht, die Mietwohnung in ordentlichem Zustande zu erhalten, bediene.[1])

Ohne weiteres leuchtet es indessen ein, daß all diese Personen mit Willen des Schuldners Beschädigungen an der Mietsache unterlassen sollen. Nur zur Erfüllung dieser von der sekundären positiven Pflicht ganz verschiedenen negativen Pflicht bedient sich der Schuldner der Mitwirkung dieser Leute.[2]) Darum aber erfordert es die Rechtslogik, die Haftung in diesen Fällen auf die Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht und nicht auf die einer positiven Pflicht, mit der jene Personen gar nichts zu tun haben, zurückzuführen. Wie die Verantwortlichkeit des Schuldners für Gehilfen bei sekundären positiven Pflichten nach den Grundsätzen der für die selbständigen auf ein Tun gerichteten Verpflichtungen zu beurteilen ist, so richtet sie sich bei sekundären Unterlassungspflichten nach den für selbständige Unterlassungspflichten maßgebenden Regeln. Mag die Verkehrsauffassung auch nicht das Kindermädchen, Besucher und Gäste oder in der Wohnung beschäftigte Handwerker als Erfüllungsgehilfen in der dem Mieter dem Vermieter gegenüber obliegenden Pflicht zur Unterlassung vertragswidrigen Gebrauchs ansehen, darauf kommt es gar nicht an. Derartig verwickelte juristische Konstruktionen werden nie Gemeingut des Publikums sein, entscheidend ist nur, daß die Verkehrsanschauung die Verantwortlichkeit des Schuldners entschieden bejahen wird, und daß der innere Grund des § 278 die Haftung zweifellos verlangt.

2. Abgrenzung des Kreises der Erfüllungsgehilfen.

Nachdem im vorstehenden nachgewiesen ist, daß unter den Begriff „Verbindlichkeit" im § 278 BGB. nicht nur die selbständigen, sondern auch die unselbständigen Unterlassungspflichten fallen, haben wir uns im folgenden damit zu beschäftigen, welche Personen im einzelnen in den Kreis derjenigen fallen, „deren der Schuldner sich zur Erfüllung seiner Unterlassungsverbindlichkeit bedient".

Eine klare und eindeutige Abgrenzung des Kreises der Erfüllungsgehilfen in Unterlassungspflichten ergibt sich schon aus den vorangegangenen Erörterungen. Was in dieser Hinsicht oben[3]) über selbständige Unterlassungspflichten gesagt worden ist, gilt auch für die unselbständigen: Erfüllungsgehilfe einer Unterlassungspflicht ist jede Person, der der Schuldner **erlaubtermaßen die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet oder beläßt**; erlaubt ist ihm diese Handlungsweise aber dann, wenn er zugleich dem Dritten die Vornahme der verbotenen Handlung untersagt.

Eine Ausnahme gilt selbsverständlich für **höchstpersönliche** Unterlassungspflichten, denn hier würde durch ein solches Vorgehen

---

[1]) Vgl. dazu das oben gegen Lehmann Ausgeführte, S. 88.
[2]) in dem S. 77 oben erklärten Sinne.
[3]) Vgl. oben S. 75.

des Schuldners der Vertragszweck vereitelt werden. Der Arzt z. B., der sich verpflichtet hat, über ein gewisses Leiden seines Patienten Stillschweigen zu beobachten, darf nicht einen anderen in sein Geheimnis einweihen, selbst dann nicht, wenn er ihm verbietet, die Sache weiter zu verbreiten.

Man wende gegen unser Ergebnis nicht ein, auch dem auf der Straße sich aufhaltenden Gassenjungen „belasse" schließlich der Mieter die Möglichkeit, die Fenster der Mietwohnung einzuwerfen, oder der Schuldner, der seinem Gläubiger die geschuldete wertvolle Vase überbringe, „eröffne" dadurch, daß er sich auf die Straße begebe, allen ihm begegnenden Passanten die Möglichkeit, ihm die Vase aus der Hand zu schlagen oder durch sonstiges schuldhaltes Benehmen zu beschädigen.

Bei näherem Zusehen erkennt man nämlich, daß es hier nicht in dem Verhalten des Schuldners oder dessen persönlichen Verhältnissen begründet liegt, daß dritten Personen die Möglichkeit der Zuwiderhandlung offen steht, sondern vielmehr in der Tatsache, daß im allgemeinen sich jeder auf der Straße aufhalten kann. Wir werden unsere Ansicht bestätigt finden, wenn wir uns den genannten Beispielen gegenüber einmal ein paar Fälle vor Augen führen, in denen die Verantwortlichkeit des Schuldners als zweifelsfrei erscheint: Der Kaufmann, der eine Mindestpreisvereinbarung eingegangen ist, stellt einen Prokuristen an, den er von dem Wettbewerbsverbot in Kenntnis setzt. — Oder im zweiten der eben angeführten Beispiele nehme man an, daß sich auf der Straße ein Bekannter des Schuldners in angeheitertem Zustande zu diesem gesellt; während sie zusammen weitergehen, macht der Schuldner ihn auf den wertvollen Gegenstand aufmerksam und mahnt ihn zur Vorsicht, da die Vase einem andern geschuldet sei. Es würde als eine **Pflichtwidrigkeit** erscheinen, wenn der Kaufmann seinem Prokuristen, der Schuldner der Vase seinem ihn begleitenden Freunde nicht die Unterlassung der ihm verbotenen Handlungsweise zur Pflicht machen würde. Für die beiden ersten Fälle aber kann man das nicht behaupten. Denn niemand wird es dem Wohnungsmieter zumuten wollen, allen sich draußen vor der Wohnung aufhaltenden, verdächtigen Personen das Werfen mit Steinen zu verbieten, und niemand wird von dem Schuldner der Vase verlangen, daß er allen Straßenpassanten zurufe, sie sollten die Vase nicht beschädigen. Damit haben wir ein sicheres, praktisch verwertbares, Kriterium für die Beantwortung von Zweifelsfragen gewonnen:

> Überall da, wo den Umständen nach eine Pflicht des Schuldners besteht, dritten Personen, welche die Möglichkeit der Zuwiderhandlung besitzen, ein solches Verhalten zu verbieten, liegt Erfüllungsgehilfenschaft vor, wenn der Schuldner diese Personen zur Nichtvornahme der Handlung verpflichtet.[1])

---

[1]) Gestatte ich einem Freunde, eine Ausfahrt in einem mir nicht gehörigen, sondern nur geliehenen Auto zu unternehmen, und dieser richtet durch unvorsichtiges Fahren Beschädigungen an dem Wagen an,

(s. nächste Seite)

In welcher **Form** das **Verbot** des Schuldners an den Dritten zu erfolgen hat, das muß sich nach der konkreten Sachlage richten. Während häufig ein bloßer Hinweis genügt, wird in anderen Fällen die Begründung einer rechtlichen Verpflichtung erfordert werden müssen, wenn sich der Schuldner nicht dem Vorwurfe eigenen fahrlässigen Verhaltens aussetzen will. Anderseits wird oft nicht einmal ein ausdrückliches Verbot zu erfolgen brauchen, wie in der Regel dann nicht, wenn die untersagte Handlung an sich schon den Tatbestand eines Deliktes bildet.[1]) So braucht der Mieter nicht jedem Gaste und Besucher die Beschädiguug der Mieträume zu verbieten, es reicht zur Begründung der Haftung also schon aus, daß er ihnen die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet hat.

Auf der Grundlage der von uns gegebenen Abgrenzung des Kreises der Erfüllungsgehilfen gelangt man in jedem Falle zu der von der Verkehrsauffassung und der Billigkeit geforderten Entscheidung und vermeidet die in der Literatur so häufig vorkommenden befremdlichen und widerspruchsvollen Unterscheidungen, wie sie sich bei fast allen Schriftstellern, die sich mit der Frage befassen, finden. So soll z. B. der Mieter aus § 278 BGB. verantwortlich sein, wenn das Dienstmädchen eine Fensterscheibe beim Putzen eingestoßen hat, nicht aber, wenn es geschehen ist, während das Mädchen, am Fenster stehend, sich mit jemandem auf der Straße unterhalten hat, nicht auch dann, wenn es beim Kehren der Treppe geschah.[2]) In kleinbürgerlichen Verhältnissen sei der Ehemann für die durch seine Kinder und seine Ehefrau angerichteten Beschädigungen der Mietsache haftbar, nicht aber bei wohlhabenden Leuten, weil Frau und Kinder hier für die Beschaffenheit der Wohnung nicht Sorge trügen.[3]) — Wenn man die entliehene Sache einem anderen anvertraut, soll man für die Zerstörung derselben durch den andern aufkommen müssen, nicht aber, wenn es sich um eine verkaufte Sache handelt.[4]) — Der Vermieter habe den Schaden zu

---

so hafte ich schon gemäß § 276 aus eigener Fahrlässigkeit, wenn ich ihn nicht darauf aufmerksam machte, es handele sich hier um ein fremdes Auto, er müsse also vorsichtig sein. Darum aber wird mein Freund — vorausgesetzt, daß der Entleiher mir gestattet hat, das Auto auch meinen Freunden zu überlassen — zum Erfüllungsgehilfen der sekundären Unterlassungspflicht, sobald ich ihn zur Vorsicht ermahne, sodaß ich aus eigenem Verschulden nicht herangezogen werden kann.

Aus dem gleichen Grunde ist in dem Falle, daß der Entleiher eines Buches sich in den Leseraum der Bibliothek setzt und eine neben ihm sitzende Person das Buch mit einem Tintenklex beschmutzt, der Tatbestand des § 278 BGB. abzulehnen. (Vgl. auch das ähnliche Beispiel Titzes: a. a. O S. 89.)

[1]) Daß es aber nicht immer so ist, beweist schon der zweite der oben angeführten Fälle (vgl. vorige Seite): es kommt eben schließlich hier alles auf die Verhältnisse des Einzelfalles an.

[2]) Vgl Brückner: a. a. O. S. 339; Mittelstein: a. a. O. S. 317; Staudinger: a. a. O. Bem. B V 1 a zu § 535; Planck: Bem. 2b ß zu § 278.

[3]) Vgl. Bruck: a. a. O. S. 120 und oben S. 84 f.

[4]) Vgl Planck: § 278 Anm. 1b und 2b ß und oben S. 85 f.

tragen, wenn vom Mieter bestellte Handwerker in der Wohnung einen Koffer des Mieters reparieren und dabei den Parkettboden beschädigen, dagegen müsse der Mieter für den Schaden aufkommen, wenn die Beschädigung gelegentlich der Reparatur eines Türschlosses vorkam.[1]) — Der Mieter soll haften für Gäste, die bei ihm in einem besonderen Zimmer wohnen, nicht für andere Gäste.[2]) — Wenn die Köchin am Herde unvorsichtig mit dem Feuer umgehe und dadurch einen Brand verursache, soll der Mieter dafür einzustehen haben; öffne sie dagegen eigenmächtig im Salon den Gashahn, so habe der Vermieter den Schaden eines daraus entstandenen Brandes zu tragen[3]) usw.

Die Verkehrsanschauung wird derartige Entscheidungen keineswegs anerkennen. Sie sieht Anordnungen des Mieters über die Verteilung der Arbeiten unter seine Dienstboten und über die Benutzung seiner Räume durch seine Gäste nicht als maßgebend für die Verantwortlichkeit an. Nach der Verkehrsauffassung können solche vom Mieter getroffenen Dispositionen nicht die Rechtslage des Vermieters beeinflussen, sie betreffen nach ihr vielmehr nur das innere Verhältnis zwischen dem Mieter und diesen Personen.

Alle derartigen innerlich unbegründeten, voneinander abweichenden Entscheidungen gleichliegender Fälle sind ausgeschlossen, wenn man die oben entwickelte Auffassung der Beurteilung zu Grunde legt. Denn überall handelt es sich hier um die Verletzung einer sekundären Unterlassungspflicht durch Erfüllungsgehilfen und überall hat der Schuldner daher in gleicher Weise dem Gläubiger für den Schaden einzustehen. So haftet demnach der Mieter für Beschädigungen der Mietsache durch seine Familienangehörigen, Dienstboten, Gäste, Besucher, durch die von ihm bestellten Handwerker und Lieferanten, durch den Musiklehrer seiner Kinder usw., nicht dagegen hat er einzutreten für Manövereinquartierung, nicht für Beamte, die, ohne daß sie die Erlaubnis des Mieters bedürfen, in seiner Wohnung ihre Amtspflichten auszuüben haben, nicht für Bettler und andere wider seinen Willen in die Wohnnng eingedrungenen Personen. Gleichgültig ist, ob das Dienstmädchen die Scheibe beim Putzen oder bei einem durch das Fenster mit Nachbarn gepflogenen Gespräche einstößt, gleichgültig, ob die Dienstboten und anderen genannten Personengruppen den Schaden gerade in Verrichtung einer ihnen aufgetragenen Arbeit anrichten oder nicht, unerheblich, ob der Handwerker mit Verrichtungen an den Mieträumen selbst oder an Sachen des Mieters betraut war. Der Mieter eines Ladenraumes hat nicht nur für die Handlungen der von ihm angestellten Personen, sondern ebenso für das Verhalten der Kauflustigen, die seinen Laden betreten, zu haften. In gleicher Weise ist der Verwahrer, Entleiher und andererseits der Verkäufer einer Sache verantwortlich für alle Personen, denen

---

[1]) So Feder: a. a. O. S. 48 f.; vgl. auch oben S. 87.
[2]) Vgl. Planck: § 278 unter Anm. 2b. und Joseph: a. a. O. S. 1028.
[3]) So Oertmann: § 549 Anm. 7.

er in der geschilderten Art die Möglichkeit, die Sache zu beschädigen, eröffnet oder beläßt, ohne Unterschied, ob er ihnen zugleich positive Erhaltungsmaßnahmen aufgetragen hat oder nicht. Ebenso ist in dem erwähnten Beispiele des Erziehungsvertrages der Schulleiter für den Dritten verantwortlich, dem er die Unterweisung der Schulkinder aufträgt.

Leichter als bei den sekundären Unterlassungspflichten ist die Abgrenzung des Kreises der Erfüllungsgehilfen bei selbständigen Unterlassungspflichten. Der Inhaber eines Ladengeschäftes, der eine Mindestpreisvereinbarung eingegangen ist, haftet für alle Angestellten, die sich mit seinem Willen dauernd oder zeitweise im Ladenraume aufhalten, nicht aber für Büroangestellte, die dort nichts zu suchen haben, wenn sie sich etwa einmal ohne sein Wissen in den Laden begeben und die betreffenden Waren zu billigeren Preisen verkaufen. — Wer einen Stimmenthaltungsvertrag abgeschlossen hat, muß für seine Bevollmächtigten eintreten, wenn dieser entgegen seiner Anweisung doch stimmt, ebenso der Schuldner das pactum de non licitando.

3. Das geforderte Verschulden. — Abgrenzung des Kreises der Handlungen, für die der Schuldner einzustehen hat — „In Erfüllung" und „bei Gelegenheit der Erfüllung", insbesondere bei sekundären Unterlassungspflichten. — Culpa in contrahendo.

Nicht jede Vornahme der verbotenen Handlung durch eine Person, welcher der Schuldner die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet oder beläßt, macht ihn nach § 278 BGB. verantwortlich. Es wird vielmehr vom Gesetz vorausgesetzt, daß ein **Verschulden**[1]) des Gehilfen vorliegt. Dazu gehört objektiv: Rechtswidrigkeit und subjektiv: Schuldfähigkeit des Handelnden. Die Rechtswidrigkeit ist z. B. ausgeschlossen bei Notwehr und Notstand.[2]) Nicht schuldfähig sind alle unzurechnungsfähigen Personen, also Kinder unter 7 Jahren, noch nicht Achtzehnjährige (§§ 828 II, 276 I, 2 BGB.) soweit sie die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit nötige Einsicht bei Begehung der verbotenen Handlung nicht besitzen, ferner Personen im Zustande der Buwußtlosigkeit oder Geistesstörung (§§ 276 in Verbindung mit 827 und 828 BGB.)

Für die Verantwortlichkeit des Schuldners auch für **Unzurechnungsfähige** sind im Schrifttum nur Krückmann[3]) und Asmis[4]) eingetreten. Krückmann meint, daß insbesondere der Mieter auch für den Schaden haften müsse, den seine deliktsunfähigen Kinder anrichten, während Asmis sich dafür einsetzt, daß der Schuldner für

---

[1]) „Verschulden" — nicht gleich Schuld! — im Sinne des Gesetzes bedeutet „schuldhafte Verursachung." Vgl. v. Schwarz S. 30, Anm. 1.

[2]) Vgl. Feder: a. a. O. S. 64.

[3]) Krückmann: a. a. O. S. 209 f., 266 ff.

[4]) Asmis: a. a. O. S. 61.

Hilfspersonen, die nach der Bestellung durch den Schuldner unverschuldet in den Zustand der Bewußtlosigkeit oder krankhaften Störung der Geistestätigkeit geraten, einzustehen habe.

Der klare Wortlaut des § 278 BGB und die ratio der Bestimmung lassen aber eine solche Auslegung nicht zu. Die Ansicht der genannten Schriftsteller hat darum auch in der Literatur keine Anerkennung gefunden.[1])

Wohl muß man Krückmann dagegen Recht geben, wenn er sich darauf beruft, daß die Haftung des Schuldners in den von ihm vorgebrachten Fällen der Billigkeit entspreche. Aber wenn man auch die Anwendbarkeit des § 278 BGB. ablehnt, so ist darum die Haftung ja auch noch nicht überhaupt in Abrede gestellt. Im Gegenteil, in der Regel wird sie hier schon aus dem Grunde eintreten, weil man dem Schuldner den Vorwurf eigener Pflichtwidrigkeit machen muß. Der Verwahrer, Entleiher oder Verkäufer, der seinem fünfjährigen Kinde den Zugang zu der geschuldeten Sache eröffnet, handelt regelmäßig fahrlässig und haftet wegen eigenen Verschuldens. Was den durch unerwachsene Kinder in den Mieträumen angerichteten Schaden betrifft, so wird er recht häufig auf mangelnde Beaufsichtigung zurückzuführen, vielfach aber auch schon kraft eines in den Mietvertrag ausdrücklich oder kraft allgemeiner Übung stillschweigend aufgenommenen Garantieversprechens zu ersetzen sein. Wer aber geisteskranken Personen oder solchen, die infolge des Genusses geistiger Getränke unzurechnungsfähig sind, den Aufenthalt in seiner Wohnung ohne gehörige Aufsicht gestattet, den trifft wiederum eigenes Verschulden. In anderen Fällen, in denen § 278 BGB. mangels Verschuldens des Gehilfen nicht angewandt werden kann, wird man eine Pflichtwidrigkeit des Schuldners darin erblicken, daß er den Dritten nicht genügend über die Art und den Umfang der Unterlassungspflicht aufgeklärt hat oder ihm nicht die eigenartigen Umstände des Falles mitteilte, die ein besonders sorgfältiges Vorgehen bedingten.[2])[3])

---

[1]) Gegen Krückmann wendet sich Krier (S. 28 ff), einmal aus dem Grunde, weil die Rechtsausübungstheorie abzulehnen sei, ferner weist er zutreffend auf die Bestimmung des § 549 BGB. hin, wo in Übereinstimmung mit § 278 BGB. ebenfalls ausdrücklich ein Verschulden des Aftermieters als Voraussetzung der Haftung des Mieters festgesetzt ist. Wenn Krückmann sich auf die Billigkeit der von ihm befürworteten Haftung berufe, so sei zuzugeben, daß in den weitaus meisten Fällen der Mieter den durch seine Kinder verursachten Schaden ersetzen werde, denn dazu sei er durch eine Anstandspflicht gehalten. Diese Anstandspflicht werde auch in fast allen Mietsverträgen zur Rechtspflicht gemacht. — Gegen Asmis vgl. v. Schwartz: a. a. o. S. 30; Feder: a. a. O. S. 67 und Scheuermann: a. a. O. S. 72.

[2]) Vgl. dazu Wertheimer: a. a. O. S. 38: Karl Fischer: a. a. O. S. 27.

[3]) Was die Frage angeht, ob auch auf Seiten des Schuldners Zurechnungs- oder Geschäftsfähigkeit vorliegen muß, so kann, da die Sachlage hier gegenüber den positiven Pflichten keine Besonderheiten aufweist, auf die einschlägige Literatur verwiesen werden. Man wird mit K. Fischer (S. 27 f.) Geschäftsfähigkeit des Schuldners in dem

(s. nächste Seite.)

In diesem Zusammenhange ist auf eine in Literatur und Rechtsprechung mehrfach begegnende Auffassung einzugehen, nach der der Schuldner trotz schuldhafter, besonders vorsätzlicher Vornahme der ihm untersagten Handlung durch einen Erfüllungsgehilfen nicht verantwortlich gemacht werden könne, wenn die Zuwiderhandlung nicht **„in Ausführung der Erfüllungshandlung"**, sondern **„bei Gelegenheit"** derselben begangen worden sei.

Diese Ansicht[1]) argumentiert folgendermaßen: Der Schuldner hat dem Gehilfen eine Aufgabe gestellt. Setzt dieser sich **bewußt** über die Aufgabe hinweg, so gibt er die Ausführung der Erfüllungshandlung in der Art, wie sie ihm aufgetragen war, auf. Die Handlung des Gehilfen muß aber mit der Erfüllung nicht nur in äußerlichem, sondern auch in einem **inneren Zusammenhang** stehen. Ein Geschehnis, das aus einem selbständigen Willensentschluß des Gehilfen resultiert, kann, weil für den Herrn nicht voraussehbar, diesem nicht zugerechnet werden.[2]) Stelle sich darum der Gehilfe **vorsätzlich** außerhalb des Rahmens der ihm vom Schuldner zugewiesenen Tätigkeit, begehe er also eine Handlung, die er mit Willen des Schuldners unterlassen solle, dann handele er nicht mehr „in Erfüllung" der Verbindlichkeit, sondern nur noch „bei Gelegenheit" der Erfüllung.[3])

So haftet nach dem RG,[4]) dem sich der K. v. RGR. anschließt, der Mieter eines Schuppens, in dem feuergefährliche Gegenstände aufbewahrt werden, nicht für seinen Angestellten, wenn dieser sich trotz seines ausdrücklichen Verbotes bei der Arbeit eine Zigarette anzündet und dadurch einen Brand verursacht. Die Haftung des Mieters, wird in der Begründung ausgeführt, erstrecke sich nur auf solche Verstöße des Angestellten, welche dieser im Rahmen der Tätigkeit begeht, zu deren Ausübung ihn der Mitgebrauch der Mieträume eingeräumt war. Hier aber habe sich der Angestellte die Zuwiderhandlung nur bei Gelegenheit der Dienstleistung in den Mieträumen zu schulden kommen lassen.

Ebenso wird in einem vom Oberlandesgericht Frankfurt a. M.[5]) entschiedenen Rechtsfalle der Mieter von der Verantwortlichkeit freigesprochen aus dem Grunde, weil sein Untermieter **vorsätzlich** der

---

Zeitpunkte verlangen müssen, in dem er den Gehilfen zu der Erfüllung bestellte, bezw. ihm die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnete. Vgl. auch **Wertheimer**: a. a. O. S. 31 f.; S. 71; **Feder**: a. a. O. S. 69; **Oertmann** a. a. O. § 278, 2b; **Staudinger**: a. a. O. § 278 I 2; v. **Schwartz**: a. a. O. S. 40. — Das Gleiche gilt bezüglich der weiteren Frage, wie die Worte des Gesetzes, der Schuldner habe das Verschulden des Gehilfen „in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden" zu vertreten, zu verstehen sind. Vgl. darüber **Wertheimer**: a. a. O. S. 38 f; **Hoffmann**: a. a. O. S. 205 f.; **Scheuermann**: a. a. O. S. 72 ff.; v. **Schwartz**: a a O. S. 41 ff.

[1]) Vgl. die folgenden Literaturangaben und RGE. n.

[2]) **Oertmann**: § 278 Anm. 4.

[3]) K. v. RGR. § 278 Anm. 3.

[4]) RGREZ. Bd. 87 S. 276.

[5]) OLG. Bd. 23, S. 39.

Verpflichtung zur Unterlassung vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache zuwider gehandelt habe. Der Untermieter hatte eigenmächtig die Heizanlage des gemieteten Gewächshauses entfernt und veräußert. Diese Handlung, heißt es in der Entscheidung, entbehre eines inneren Zusammenhanges mit der Erfüllung der im Mietverhältnis wurzelnden Verpflichtungen, sie kennzeichne sich vielmehr als eine einem selbständigen Entschluß entsprungene unerlaubte Handlung; der Mieter habe sich damit vorsätzlich außerhalb des Rahmens der Tätigkeit gestellt, die einen „Gebrauch" der Mietsache darstelle.

Nach Nußbaum[1]) ist es zwar „gleichgültig, ob vielleicht der Wille des Gehilfen in einer einzelnen Beziehung von dem des Prinzipals divergiert", es komme vielmehr darauf an, „ob der Delinquierende seinem Gesamtverhalten nach noch als Hilfsperson zu betrachten ist, oder ob der Deliktswille so überwiegt, daß das Gehilfenverhältnis gegen ihn ganz zurücktritt." Auch Joseph[2]) führt aus, daß der Schuldner haftfrei sein müsse, wenn z. B. das Dienstmädchen eine Fensterscheibe zerschlage oder durch Offenlassen der Wasserleitung eine Beschädigung der Zimmerdecke herbeiführe, ergebe sich ganz besonders dann, wenn eine solche Beschädigung vorsätzlich herbeigeführt worden sei. Ebenfalls verneint Krückmann[3]) die Haftung, wenn das Dienstmädchen „um die Herrschaft zu ärgern", die Wohnung beschädige. Solche „Beschädigungen um der Beschädigung willen" widersprächen dem Willen des Mieters so durchaus, daß niemals von einer gewollten Rechtsausübung die Rede sein könne.

Die von der Rechtsprechung und den genannten Schriftstellern vertretene Auffassung, daß in den angeführten Fällen vorsätzlicher Zuwiderhandlung eine innere Beziehung zur Erfüllung fehle und darum der Tatbestand des § 278 BGB. nicht gegeben sei, beruht m. E. wiederum auf einer Verkennung der Tatsache, daß es sich hier nicht um die Erfüllung des positiven Teils der Sorgfalts- oder Obhutspflicht, nämlich der **sekundären Erhaltungspflicht**, sondern vielmehr um die Erfüllung ihres negativen Teils, der **sekundären Unterlassungspflicht** handelt. Wenn das Dienstmädchen mutwillig die Wohnung beschädigt, geht es nicht an, zu sagen, es habe in Erfüllung seiner Pflicht zur Erhaltung der Wohnung gehandelt. In erster Linie ist hier gar nicht gegen die positive Erhaltungspflicht, sondern gegen die Pflicht zur Unterlassung von Beschädigungen verstoßen.

Es ist aber m. E. auch verfehlt, wenn man, wie Krier[4]) die Haftung hier durch wörtliche Anwendung des § 278 BGB. begründen will. Denn was in dieser Beziehung für selbständige Unterlassungs-

---

[1]) Nußbaum: a. a. O. S. 80.
[2]) Joseph: a. a. O. S. 1030.
[3]) Krückmann: a. a. O. S. 243 f.; ähnlich Conradi: a. a. O. S. 6 ff.
[4]) Krier: a. a. O. S. 30 ff., insbes. S. 34: Solange der Erfüllungsgehilfe die Handlung nicht vornehme, befinde er sich „im Stadium der Erfüllung".

pflichten gilt, muß auch für die sekundären Geltung haben. Der Schuldner bedient sich des Dritten nicht zur Erfüllung, sondern nur zur Erhaltung der Erfüllbarkeit. Der Dritte soll nur Voraussetzungen der Erfüllung schaffen.

Legt man die sekundären Unterlassungspflichten und nicht die positiven Erhaltungspflichten der Entscheidung zu Grunde, so ergibt aber weder der Wortlaut noch der Grundgedanke des § 278 BGB., daß in irgend welchen Fällen vorsätzlicher Zuwiderhandlung die Verantwortlichkeit des Schuldners fortfällt. Gewiß es mag im ersten Augenblick als hart empfunden werden, wenn der Schuldner auch für vorsätzliche Delikte der Gehilfen einzustehen hat. Aber man darf andererseits auch nicht vergessen, daß es sich ja nicht um die endgültige Abwälzung des Schadens auf den Schuldner handelt, sondern nur um die Frage, ob der Gläubiger oder der Schuldner den meist lästigeren Weg der Inanspruchnahme des Gehilfen zu gehen hat. So besehen erscheint aber immer noch der Schuldner näher daran, den Nachteil auf sich zu nehmen als der Gläubiger, dem der Gehilfe fremd und vertraglich nicht verpflichtet ist.

Was gegen die Einschränkung der Haftung bei sekundären Unterlassungspflichten, weil es an einem „inneren Zusammenhange" fehle, gesagt worden ist, gilt mutatis mutandis auch von einer anderen Lehre, die ebenfalls die Verantwortlichkeit des Schuldners in unbilliger Weise einschränkt. Eine Reihe von Schriftstellern will nämlich in den Fällen, in denen es an einem „äußeren Zusammenhange" zwischen schädigender Handlung und Erfüllung fehle — insofern erscheint diese Lehre als mit der eben behandelten verwandt —, die Anwendbarkeit des § 278 ausschließen. So sollen der Mieter und Entleiher dann nicht verantwortlich sein, wenn die schadenstiftende Tätigkeit des Gehilfen nicht „in Ausübung der ihm übertragenen Verrichtung" oder im Rahmen einer „Gebrauchshandlung"[1] erfolgt sei.

Auch hier wird wieder übersehen, daß nicht die positive Bewahrungspflicht, sondern die Pflicht zur Unterlassung eines vertragswidrigen Gebrauchs für die Haftung maßgebend ist. Legt man diese Pflicht zu Grunde, dann kann es aber für die Anwendbarkeit des § 278 BGB keinen Unterschied machen, ob das Dienstmädchen geliehenes Porzellan zerbricht beim Putzen desselben oder während es gerade mit einer Nachbarin plaudert, ob die Köchin einen Brand verursacht, dadurch daß sie eigenmächtig im Salon den Gashahn aufdreht oder dadurch, daß daß sie bei der Feuerung des Küchenherdes unvorsichtig verfährt[2], ob während der Reise des Mieters die Einhüterin die Fenster bei einem Gewitter offen läßt, sodaß die Zimmerdecke beschädigt wird, oder ob ein Dienstbote beim Kehren der Treppe eine dort aufgestellte Statue zertrümmert[3].

---

[1] Vgl. Dernburg: a. a. O. § 68 III 1a; Oertmann: a. a. O. § 278, 7b ff.; Staudinger: a. a. O. § 535 BV 1a; Mittelstein: a. a. O. S. 314 ff.; z. T. auch Planck: § 278 2b ß.

[2] Vgl. Oertmann: § 278, 7b.

[3] Vgl. Brückner: Er will nur im ersten Fall Haftung eintreten lassen (S. 339).

Für die Abgrenzung der zu vertretenden Handlungen, also besonders für die Frage, ob „in Erfüllung" oder „bei Gelegenheit" derselben gehandelt worden ist, kann nur der von Planck[1]) für positive Verbindlichkeiten angeführte Gesichtspunkt auch bei den negativen Pflichten maßgebend sein. Demnach ist der Schuldner für eine schuldhafte Handlung des Gehilfen verantwortlich, wenn diese, hätte der Schuldner selbst sie vorgenommen, eine Verletzung seiner Vertragspflicht[2]) bedeuten würde. Denn darin liegt die durch die Gehilfenverwendung begründete Gefährdung des Gläubigers, daß der Gehilfe die Vertragspflichten des Schuldners nicht so sorgfältig erfüllen wird, wie dieser selbst es tun würde. Und der vertragliche Ersatzanspruch, der dem Gläubiger zustehen würde, wenn der Schuldner persönlich und allein zur Erreichung des Obligationszweckes tätig ist, soll ihm durch § 278 BGB. auch für den Fall der Erfüllung durch Hilfspersonen gesichert werden.

Natürlich muß die Handlung des Gehilfen in Ausnutzung der ihm vom Schuldner gewährten Möglichkeit erfolgen. Der Lagerhalter, der zur Bewachung des von ihm verwahrten fremden Eigentums einen Nachtwächter angestellt hat, haftet für diesen nicht, wenn er außerhalb seiner Dienstzeit, also am Tage, einen Diebstahl an den gelagerten Gütern begeht. Ebenso ist es mit dem Beispiel Plancks,[3]) daß ein Angestellter Waren entwendet und sie dann unter der Hand zu einem geringeren als dem dem Prinzipal auferlegten Mindestpreise verkauft.

Weil die Erfüllung der Obligation nicht beeinträchtigt, also eine Vertragspflicht nicht verletzt ist, haftet z. B. der Tischlermeister nicht, wenn sein Geselle, den er zur Ausführung einer Reparatur in das Haus des Gläubigers geschickt hat, dort in einem unbewachten Augenblick dem Gläubiger eine Wertsache stiehlt, oder wenn er mit diesem in Streit gerät und ihm eine Körperverletzung zufügt. Hätte der Schuldner selbst an Stelle des Gehilfen gehandelt, so würden diese Handlungen keine Vertragsverletzungen darstellen und dem Gläubiger keinen Anspruch aus dem Werkvertrage gewähren. Eine sekundäre Unterlassungspflicht besteht nur hinsichtlich der Handlungen, welche die Erreichung des Vertragszweckes vereiteln, beeinträchtigen oder gefährden. Die geschuldete Reparatur wird aber darum nicht schlechter ausfallen, weil der Gehilfe den Gläubiger dabei bestiehlt oder körperlich verletzt! Ebensowenig findet § 278 BGB. Anwendung, wenn das Dienstmädchen des Mieters durch Geschwätz mit anderen Hausbewohnern den Vermieter im Rufe schädigt[4]), denn auch durch dieses Verhalten wird die Erfüllung der Mieterpflichten, etwa die Rückgabe der Mietsache, nicht berührt.

Weil die vertragliche bezw. die sich aus dem Schuldverhältnis ergebende Rechtsstellung des Gläubigers nicht beeinträchtigt ist, muß

[1]) Planck: a. a. O. § 278 Anm. 1 b.
[2]) Also nicht ausschließlich ein Delikt.
[3]) Planck: § 278.
[4]) Beispiel Kriers S. 34.

die sog. **„uneingeschränkte Haftung“**[1]) für jede Schädigung, die der Gehilfe dem Gläubiger zufügt, abgelehnt werden. Für sie haben sich z. B. Rümelin[2]) und Hoffmann[3]) in der Durchführung der Gefährdungstheorie in der ihr von ihnen gegebenen falschen Gestaltung[4]) ausgesprochen. Sie wird merkwürdigerweise auch von den die Gefährdungstheorie dieser zwei Schriftsteller bekämpfenden Feder[5]) und Fischer[6]) verteidigt. Daß es unrichtig ist, den Schuldner auch für den nur „bei Gelegenheit“ der Erfüllung verursachten, d. h. einen die Erfüllung nicht berührenden Schaden haftbar zu machen, ergibt sich auch schon aus der oben entwickelten ratio der Bestimmung. Abgesehen davon sprechen noch andere Gründe gegen diese Ansicht, so besonders auch der Umstand, daß § 278 BGB. vom Gesetzgeber unter die Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung und den Verzug eingereiht ist.

Die Anhänger dieser Meinung sind, wenn sie ihre Ansicht folgerichtig durchführen, auch gezwungen, den Schuldner für Schädigungen dritter Personen haften zu lassen, etwa dafür, daß der Gehilfe nicht den Gläubiger, sondern einen andern Hausbewohner bestiehlt. Denn die „Gefährdung“ und der „ursächliche Zusammenhang“ werden hier in gleicher Weise vorliegen. Daß aber nur der Gläubiger in seiner Eigenschaft als solcher durch den § 278 BGB. geschützt werden soll, folgt auch schon aus der sonst überflüssig gewesenen Vorschrift des § 831 BGB.

Der Kreis der nach § 278 BGB. zu vertretenden Handlungen läßt sich also eindeutig folgendermaßen abgrenzen:

> Der Schuldner einer selbständigen oder unselbständigen Unterlassungspflicht haftet für jede schuldhafte Vornahme der ihm durch die Obligation verbotenen Handlung durch seine Erfüllungsgehilfen, also durch die Personen, denen er die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet oder beläßt.

Soweit der Schuldner selbst sich durch **Verschulden bei Vertragsabschluß** verantwortlich macht,[7]) hat er auch für ein entsprechendes Verhalten seiner Abschlußgehilfen einzustehen.[8])

So wird unter Umständen der Kaufmann, der mit einem Kunden in Unterhandlungen über die Einräumung eines Alleinverkaufsrechts an jenen steht, ersatzpflichtig sein, wenn sein Prokurist, der von dem abzuschließenden Vertrage Kenntnis hat, ohne Wissen des Kunden in aller Eile noch große Mengen der betreffenden Ware an alle möglichen anderen Personen absetzt, sodaß der Vertragszweck, wenigstens für die ersten Monate, völlig vereitelt und der nichtsahnende Vertragsgegner schwer geschädigt wird. — Wo der abzuschließende Vertrag auf eine

---

[1]) Vgl. Karl Fischer: S. 32.
[2]) Max Rümelin: Gründe, S. 88 ff.
[3]) Hoffmann: S. 155 ff., S. 173 ff.
[4]) Vgl. oben S. 69 f.
[5]) Feder: a. a. O. S. 58 f.
[6]) K. Fischer: a. a. O. S. 32 f.
[7]) Vgl. darüber Enneccerus § 266, III.
[8]) Dagegen: Priewe: a. a. O. S. 83.

positive Leistung gerichtet ist, wird sich die culpa in contrahendo in der Regel als Übertretung der sekundären Pflicht, alles zu unterlassen, was den Erfolg des in der Entstehung begriffenen Vertrages beeinträchtigt, darstellen. Der künftige Schuldner haftet demnach für entsprechende Handlungen aller der Personen, die mit seinem Willen die Möglichkeit zu solchem Vorgehen besitzen.

4. Der Haftungsgrund in den Fällen, in denen der Schuldner einer Unterlassungspflicht nach § 278 BGB. verantwortlich ist: Unmöglichkeit der Leistung oder positive Forderungsverletzung?

Die Zuwiderhandlung gegen eine selbständige Unterlassungspflicht begründet die Unmöglichkeit der Leistung, und zwar tritt bei einer einmaligen Unterlassungspflicht völlige Unmöglichkeit, bei einer auf wiederholte Unterlassung gerichteten Pflicht in Ansehung der einzelnen Fälle völlige Unmöglichkeit, in Ansehung der Gesamtleistung aber teilweise Unmöglichkeit ein.[1]) Bei Dauerunterlassungspflichten wird man mit Ullrich[2]) zu unterscheiden haben, ob die Dauer nur als Bestimmung der Größe der zeitlichen Erstreckung, als Fixierung eines Anfangs- und Endtermins der Verpflichtung, oder ob die Kontinuität der Unterlassung als Essentiale der Leistung erscheint. Verzug ist bei Unterlassungspflichten wegen ihres Charakters als Fixleistung unmöglich.[3]) Die Verantwortlichkeit des Schuldners tritt also auf Grund der §§ 280 oder 325 in Verbindung mit § 278 BGB. ein.

Schwieriger gestaltet sich die Frage nach dem Rechtsgrund der Haftung bei der Verletzung einer sekundären Unterlassungspflicht.

Man darf das Problem nicht so zu lösen versuchen, wie Schöller,[4]) der einfach behauptet, daß die Nichterfüllung der sekundären Unterlassungspflicht die Unmöglichkeit der Erfüllung dieser Pflicht herbeiführe und daß darum die Regeln des Gesetzes über die Unmöglichkeit der Leistung anwendbar seien. Denn das unselbständige Unterlassen ist nicht Leistung im Sinne des Gesetzes. Rechtserheblich ist ja die

---

[1]) vgl. Knigge: a. a. O. S. 39 und S. 17 dieser Arbeit, insbes. Anm. 3 und 4. Die Frage ist bestritten. Die große Mehrzahl der Schriftsteller nimmt an, daß die Zuwiderhandlung Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt. Vgl. z. B. auch Lehmann S. 232 ff., besonders S. 243 ff.; Enneccerus § 278, I unter d; Kisch S. 162 Anm. 3; Titze S. 14 Anm. 28; Ullrich S. 202; RGEZ. 54, 100; 54, 228. A. A. ist besonders Krückmann: Unmöglichkeit u. Unmöglichkeitsgesetz, Arch. f. d. Ziv. Prax. Bd. 101, S. 190 ff; Nachlese: J. J. Bd. 59 S. 20—148 und 233—366 und neuerdings J. J. Bd. 66 S. 1 ff. bes. S. 9 und S. 11. Krückmann will bei Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten die Verzugsregeln anwenden. Ein näheres Eingehen auf die Streitfrage würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen; denn für die Anwendbarkeit des § 278 auf Unterlassungspflichten ist es unerheblich, ob man die Haftung für schuldhafte Zuwiderhandlungen mit den Regeln der Unmöglichkeit oder den Vorschriften des Verzuges begründet.

[2]) Ullrich: a. a. O. S. 204.

[3]) Vgl. oben S. 17, Anm. 2.

[4]) Vgl. Schöller: a. a. O. Gruch. Bd. 46, S. 28.

Erfüllung und Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht nur auf Grund ihrer Auswirkung auf die Hauptpflicht. Wir wollen zunächst auf eine andere Lehre eingehen, deren Besprechung uns zur richtigen Entscheidung der Frage führen soll.

Görisch[1]) behauptet nämlich, worauf eingangs hingewiesen wurde,[2]) daß jede Unmöglichkeit und jeder Verzug durch die Verletzung einer sekundären Unterlassungspflicht herbeigeführt würden. Natürlich hat er Recht, wenn er ausführt, daß die Schadensersatzpflicht nicht auf der Tatsache der Unmöglichkeit oder der Verzögerung der Leistung beruhe. Sie beruht vielmehr auf dem Verschulden d.h. der schuldhaften Verursachung der Unmöglichkeit bezw. der Verzögerung durch den Schuldner. Ist der Inhalt des Schuldverhältnisses eine positive Leistung, dann ist eine schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit genau genommen allerdings nicht so sehr auf eine Verletzung der primären Leistungspflicht, als vielmehr auf einen Verstoß gegen eine sekundäre Unterlassungspflicht zurückzuführen. Denn ein Gebot zum Tun kann streng genommen nur durch Unterlassen des Tuns verletzt werden. Liegt das vorzuwerfende Verhalten aber in einer positiven Tätigkeit, so ist ein Verbot übertreten. Es ergibt sich also, daß die schuldhaft verursachte Unmöglichkeit in erster Linie auf die Verletzung einer sekundären Unterlassungspflicht, der Pflicht, Handlungen nicht vorzunehmen, die die Erreichung des Vertragszweckes vereiteln, beruht, und nur mittelbar auf einem Verstoß gegen die primäre positive Pflicht! Was aber den Verzug angeht, so kann der Ansicht Görischs nicht beigepflichtet werden. Hier hat der Schuldner nur dem Gebot zum Tun, aber keinem Verbot, keiner sekundären Unterlassungspflicht entgegen gehandelt.

Somit kommen wir zum Ergebnis:

Alle sekundären Unterlassungspflichten haben die Nichtvornahme von Handlungen, welche die Erreichung des Obligationszweckes vereiteln, beeinträchtigen oder gefährden, zum Gegenstande. Die Vornahme der hiernach verbotenen Handlung durch einen Erfüllungsgehilfen kann nie die Verzögerung der Leistung bewirken, sondern nur die Unmöglichkeit derselben oder eine positive Vertragsverletzung. Gestatte ich einem Freunde, den von mir verkauften und nach einer Woche zu übergebenden Jagdhund mit auf die Jagd zu nehmen, so hafte ich dem Käufer nach den Regeln der **Unmöglichkeit**, wenn mein Freund den Hund infolge fahrlässigen Umgehens mit dem Gewehre erschießt. — Wenn A. mit B. in einem Vertragsverhältnis steht, das ein dauerndes Einvernehmen der Parteien erfordert, wie es z. B. beim Gesellschaftsvertrage der Fall ist, und sich der Prokurist des A. ungehörig und beleidigend dem B. gegenüber benimmt, sodaß diesem das Festhalten am Vertrage nicht mehr zumutbar ist, so stehen ihm alle Rechte zu, die sich aus einer **positiven Vertragsverletzung** ergeben. — Erteilt der

---

[1]) Görisch: a. a. O. S. 27.
[2]) Vgl. oben S. 3 zu Anm. 2.

Bevollmächtigte des Kaufmanns D., der seinem Kunden E. das alleinige Bezugsrecht eingeräumt hat, einem andern Angestellten des D. den Auftrag, Waren an Dritte zu veräußern, was dieser auch besorgt, so hat auch hier D. wegen Verletzung einer sekundären Unterlassungspflicht durch seinen Bevollmächtigten den dem E. daraus enstandenen Schaden nach den Regeln der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten.[1])

---

[1]) Hier liegt eine aus einer selbständigen Unterlassungspflicht resultierende sekundäre Unterlassungspflicht vor.

Würdigung der Ergebnisse.

Aus der vorstehenden Abhandlung erkennt man, welche Schwierigkeiten aus einem Versehen des Gesetzgebers bei der Abfassung des Gesetzestextes entstehen können, wie leicht sich alsdann Zweifel auftun und Fehlschlüsse gezogen werden. Nur auf Grund einer Untersuchung über die Stellung der fehlerhaft abgefaßten Vorschrift im System des Gesetzes und der Erkenntnis ihres Zweckgedankens kann man in solchen Fällen zu einer einwandfreien Lösung gelangen. Für die Frage der Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf selbständige Unterlassungspflichten ist in dieser Arbeit versucht worden, auf dem angegebenen Wege ein haltbares Ergebnis zu finden.

Weiterhin ist auch die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf sekundäre Unterlassungspflichten begründet worden. Damit ist zugleich der eigentliche Haftungsgrund und eine sichere Haftungsgrenze für Verschulden dritter Personen im Falle positiver Vertragsverletzung aufgedeckt. Schließlich ist das Ergebnis der Arbeit in diesem Punkte auch geeignet, Klärung in den Streit über die Abgrenzung der Haftpflicht des Schuldners hinsichtlich der nach § 278 BGB. zu vertretenden Handlungen überhaupt zu bringen. Da, wo der Dritte die Erfüllung einer sekundären Unterlassungspflicht vereitelt hat, handelt es sich um ein Verschulden „in Erfüllung", jede andere schuldhafte Tätigkeit ist dagegen „bei Gelegenheit" der Erfüllung erfolgt.

Lebenslauf.

Am 7. Juli 1906 bin ich als Sohn des Lehrers Heinrich Ackers und seiner Frau Christine, geb. Greven in Rheydt geboren. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit und katholischer Konfession. Nach dem Besuch des humanistischen Gymnasiums zu Steele a. d. Ruhr, das ich Ostern 1925 mit dem Zeugnis der Reife verließ, widmete ich mich 8 Semester dem Studium der Rechtswissenschaft, hörte aber auch volkswirtschaftliche, philosophische und historische Vorlesungen. Die ersten 3 Semester studierte ich an der Universität Freiburg i.Br. und zwar vom Sommersemester 1925 bis zum Sommersemester 1926, das Wintersemester 1926/27 verbrachte ich an der Universität Berlin, vom Sommersemester 1927 bis zum Wintersemester 1928/29 studierte ich an der Universität Münster. Am 22. und 23. März 1929 bestand ich die erste juristische Prüfung am Oberlandesgericht in Hamm mit dem Prädikat „vollbefriedigend" in den Prüfungsfächern des 1. Tages und „gut" in den Prüfungsfächern des 2. Tages. Das mündliche Doktorexamen fand am 16. November 1929 statt. Ich bestand magna cum laude.